

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

CULPABILIDADE POR VULNERABILIDADE

LETICIA PACITTI TELES

RIO DE JANEIRO

2008

LETICIA PACITTI TELES

CULPABILIDADE POR VULNERABILIDADE

**Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio de
Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em
Direito.**

Orientador: Prof. Dr. Nilo Batista

RIO DE JANEIRO

2008

LETICIA PACITTI TELES

CULPABILIDADE POR VULNERABILIDADE

**Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio de
Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em
Direito.**

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

NILO BATISTA – Presidente da Banca Examinadora
Prof. Dr. da UFRJ – Orientador(a)

FERNANDA TORTIMA
Prof. Mestre da UFRJ _

RODRIGO ROID

**Ao meu querido
companheiro
João Gabriel Oliveira da
Costa Mattos.**

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Prof^a Dr. Nilo Batista, pelos conselhos sempre úteis e precisos com que, sabiamente, orientou este trabalho.

A meus pais e irmão pelo apoio incondicional em todas as horas.

RESUMO

TELES, Letícia Pacitti. *Culpabilidade por Vulnerabilidade*. 2008. 62 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

A partir de um enfoque interdisciplinar o presente trabalho tem por escopo o objetivo de apontar os principais problemas do ato criminalizador das agências penais, para depois, ao constatar o problema de criminalização seletiva e a deslegitimação do sistema punitivo penal, inserida em uma lógica política global de desigualdade, desenvolver a teoria da culpabilidade por vulnerabilidade, como resposta às críticas previamente apontadas, defendendo a utilização de tal teoria como mecanismo de contra-seleção gradual do sistema punitivo penal deslegitimado.

Palavras-Chave: Direito penal, seletividade, co-culpabilidade, culpabilidade por vulnerabilidade, criminologia crítica.

ABSTRACT

TELES, Letícia Pacitti. *Culpabilidade por Vulnerabilidade*. 2008. 62 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

With an interdisciplinary approach, the present work has the objective of define the main problems of the criminalized act of the criminal agencies, after that, develop the theory of the culpability for vulnerability from the analysis of the problem of selective criminalization and the lack of legitimacy of the penal system, inserted in a global political logic of inequality, to response to the critical previously pointed, defending the use of such theory as mechanism of gradual counter-selection of the taken the non-legitimate criminal punitive system.

Key-Word: selectivity, co-culpability, culpability for vulnerability, critical criminology.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 A REALIDADE REPRODUTORA DAS DESIGUALDADES SOCIAIS.....	9
2.1 Peculiaridades Históricas.....	10
2.2 Globalização.....	13
2.3 Brasil.....	15
2.4 O papel da Mídia.....	19
3 A CRISE DO SISTEMA PUNITIVO PENAL.....	22
4 A PERSPECTIVA CRIMINOLÓGICA DE ALESSANDRO BARATTA E A DESLEGITIMIZAÇÃO DO SISTEMA PUNITIVO PENAL.....	35
5 UM BREVE EXAME SOBRE O ATUAL INSTITUTO DA CULPABILIDADE.....	40
6 A CULPABILIDADE MACULADA POR UM DIREITO PENAL DO AUTOR.....	47
7. A CO-CULPABILIDADE E A VULNERABILIDADE COMO RESPOSTA DE RACIONALIZAÇÃO GRADUAL FRENTE AO SISTEMA DESLEGÍTIMO.....	55
8. CONCLUSÃO.....	60
9. REFERÊNCIAS.....	62

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo analisar o sistema punitivo penal em sua atuação prática e a partir da realidade histórica de violência e seleção – e com significativa colaboração teórica de Alessandro Baratta, pretende-se demonstrar a crise do sistema punitivo penal a partir de sua deslegitimação.

Assim, em um segundo momento a análise se focará no instituto da culpabilidade, sua aplicação pela dogmática jurídica positiva, sua condição frente à crise do sistema punitivo e a investigação de um mecanismo de contra-seleção como resposta à irracionalidade do sistema: a culpabilidade pelo esforço para a vulnerabilidade.

Primeiramente, cabe dizer que a pesquisa se debruçou sobre outros saberes, além do jurídico, como a história e a sociologia, para que a partir daí se entenda o problema em suas diversas causas e âmbitos. Esse tipo de comunicação da ciência do Direito com outros ramos é muito importante, como será demonstrado ao longo do texto, pois ventila os dogmas jurídicos decorrentes da inércia positivista, permitindo ao jurista, um saber muito mais condizente com a realidade social experimentada.

A investigação do fenômeno seletivo do sistema punitivo penal começa por se deparar com um panorama histórico, que conta com uma breve abordagem da história geral, da história do Brasil e da globalização como forma de acentuação das desigualdades socialmente construídas. A história é essencial para a compreensão da realidade, pois entendendo o passado se entende o presente. Para fechar esse primeiro momento de investigação, traçar-se-á o papel da mídia e suas atuações, principalmente no tocante à propagação do discurso jurídico penal oficial.

No segundo momento do trabalho, procurar-se-á cuidar da crise do sistema punitivo penal e seus mecanismos e resultados próprios, para depois, à luz da teoria criminológicas de Alessandro Baratta, entender a deslegitimação do sistema punitivo

pelo confronto ao fim da “Defesa Social” que serve de base ideológica para o funcionamento do mesmo.

Finalmente, o estudo se depara com o instituto da culpabilidade, analisando sua aplicação teórica, seus defeitos práticos e o ponto de partida de uma resposta à seletividade desenfreada do sistema punitivo: a culpabilidade pelo grau de esforço para a vulnerabilidade.

A fim de iniciar a discussão Para iniciar o presente trabalho, convém reproduzir as tocantes palavras de Eduardo Galeano sobre o medo global:

“Os que trabalham têm medo de perder o trabalho.
Os que não trabalham Têm medo de nunca encontrar trabalho.
Quem não tem medo da fome, tem medo da comida.
Os motoristas têm medo de caminhar e os pedestres têm medo de ser atropelados.
A democracia tem medo de lembrar e a linguagem tem medo de dizer.
Os civis têm medo dos militares, os militares têm medo da falta de armas, as armas têm medo da falta de guerras.
É tempo do medo.
Medo da mulher da violência do homem e medo do homem da mulher sem medo.
Medo dos ladrões, medo da polícia.
Medo da porta sem fechaduras, do tempo sem relógio, da criança sem televisão, medo da noite sem comprimidos para dormir e medo do dia sem comprimidos para despertar.
Medo da multidão, medo da solidão, medo do que foi e do que pode ser, medo de morrer, medo de viver.”¹

2. A REALIDADE REPRODUTORA DAS DESIGUALDADES SOCIAIS

2.1 PECULIARIDADES HISTÓRICAS

¹ GALEANO, 2001: pág. 83

A definição de atos como criminosos dependem sempre da existência de um poder constituído que os definissem como tal, estipulando as respectivas sanções de acordo com padrões culturais e morais dominantes.

O período anterior à revolução industrial foi caracterizado por excessos do ‘jus puniendi’, com julgamentos sumários e o emprego de penas humilhantes e torturas cruéis, que podiam passar aos descendentes do condenado. As penas variavam desde as execuções e mutilações previstas nos códigos de Hamurábi (Babilônia) e Manu (Índia), passando pelos trabalhos forçados e os exílios característicos do Império Romano até as torturas e suplícios públicos da Idade Média.²

O sistema de produção feudal, vigente em toda Europa ocidental até então, é basicamente constituído por um modo de produção rural baseado na exploração de mão-de-obra servil, as terras do feudo eram divididas em duas partes, uma aonde os servos cultivavam exclusivamente para o senhor feudal e outra aonde esses poderiam plantar gêneros para sua subsistência mediante o pagamento, com parte da produção, para o senhor, caracterizando um cenário de forte dominação dos estratos sociais.

A estrutura social e política baseava-se em um sistema extremamente elitista que tinha uma minoria; constituída pela realeza, o clero e a nobreza; com o poder político, econômico e militar enquanto a ampla maioria da população, constituída por camponeses, era explorada tanto diretamente, com a exploração de sua mão-de-obra de forma servil, quanto financeiramente, através do pagamento de abusivos impostos.

Durante o período da Idade Média o controle da sociedade medieval era exercido, exclusivamente, pela Igreja Católica, instituição responsável pela aceção do que era certo ou errado, justo ou injusto, guardião da moral. A partir dessa estrutura de poder, surge o modelo jurídico inquisitorial, que se baseava, em relação aos procedimentos e processos, nos sistema jurídico grego e romano e se aprimora no período inquisitorial,

² NADER, 2000: pág. 206

onde os denominados “hereges” eram perseguidos por acreditarem em outras doutrinas religiosas. Tal perseguição se deu inicialmente através das cruzadas e em seguida através do Tribunal da Santa Inquisição. “Por volta do ano de 1252, o papa Inocêncio IV autorizou o suplício contra os suspeitos de heresia. A Inquisição desenvolveu a produção da dor, que a tecnologia do século vinte elevou a níveis de perfeição industrial.”³. Nas preciosas palavras do professor Nilo Batista:

“É intuitivo que o direito penal da inquisição é por excelência o Direito Penal da intervenção moral, que muitos séculos antes da lobotomia, viveu a mesma perigosíssima aventura de propor-se uma cirurgia comportamental. A criminalização da heresia e seu tratamento procedimental e penal correspondem exemplarmente a essa aventura, porém o mais permanente de seus efeitos nada tem a ver com os variados conteúdos das ofensas ao pensamento ortodoxo e sim com a afirmação da legitimidade e do sucesso da intervenção penal em tais casos.”⁴

O sistema jurídico penal inquisitorial é uma representação emblemática do Direito Penal do Autor e suas determinações vão de encontro a qualquer princípio relacionado à pluralidade de comportamentos, à inclusão social, e essa incapacidade de reconhecimento do diverso gera um sistema penal excludente, comprometido em manter a eliminação da diversidade.

No período pós-revolução industrial, impulsionadas pela explosão demográfica, as taxas de criminalidade das cidades recém industrializadas eram altas, porém, o poder dominante não poderia mais se dar ao luxo de executar ou mutilar os milhares de indivíduos como fazia em épocas anteriores, pois necessitava de mão-de-obra abundante e barata.

A solução apresentada foi a criminalização exacerbada seguida de encarceramento em massa. As penas eram cumpridas em péssimas condições. O indivíduo via no trabalho a única esperança de liberdade. O paradoxo é que uma vez livre não encontrava condições muito diferentes. Tal processo, que é reproduzido ao longo do tempo em outros sistemas penais do ocidente, significa uma forma de imposição de valores de uma esfera social dominante.

³ GALEANO, 2001: pág.93

⁴ BATISTA, 2000: pág.59

Constata-se assim, que o processo de introdução da pena privativa de liberdade delineia-se no período mercantilista, possuindo aceitação e universalização no período pós-Iluminista, com o liberalismo e o assentamento definitivo no sistema punitivo de ideologia capitalista. Nessa época, paralelamente ao nascimento da concepção liberal do estado de direito, surgem as idéias de conceitos de delito, responsabilidade penal e pena em uma ótica positivista, determinista, de acordo com as idéias de contrato social e divisão de poderes.

O trabalho realizado pelos iluministas estabelece um discurso penal justificador fundado no princípio da legalidade e da culpabilidade, decorrentes das noções de contrato social e livre arbítrio, assim, altera-se a lógica inquisitorial construindo o penalismo de traços liberais democráticos, promovendo a separação igreja-estado, em um processo conhecido como secularização do direito, que será melhor explanado no decorrer do presente estudo.

O liberalismo econômico e o mecanicismo científico são os alicerces do positivismo. E o positivismo influencia o discurso jurídico-penal. Segundo Baratta, o positivismo jurídico-penal é a expressão do naturalismo em voga no final do século XIX que internaliza os ideais do método científico, bem como todos os seus preconceitos biológicos e deterministas. Assim, o positivismo concebe o delito como um ente jurídico, mas o faz sob a premissa individualizante do sujeito, exigindo para tanto a construção de um arsenal teórico com o intuito de encontrar na totalidade biológica, psicológica e social do indivíduo as causas da criminalidade.

Alguns autores, explicam a função de punir pela teoria contratualista. O primeiro deles que se tem notícia é Cesare Beccaria. Este autor afirmou que, no início, os homens eram independentes e isolados. Ao se reunirem necessitaram abdicar de parte de sua liberdade para poderem conviver. A soma dessas abdições, sacrifícios ao bem geral, originaria aquele que seria encarregado pelas leis como depositário dessas liberdades – o Estado. Contudo, não bastaria apenas abdicar dessa liberdade em face da soberania da nação, mas protegê-la contra as usurpações de cada particular. Seriam necessários meios

sensíveis e poderosos para deter os infratores: as punições aplicadas pelo Estado. Apesar de apresentar veementes críticas à crueldade prisional, tal autor não é feliz por não enxergar que justamente por esse discurso legitimador contratualista, de interesse geral do senso-comum, de defesa social, o sistema punitivo penal cai por terra, fomentando segregação e desigualdade.

Com a pena pública, de prisão, segregando a classe oprimida e trabalhadora, o Estado roubou o lugar da vítima, punindo de outra forma, sob o manto da justiça, a justiça criminal.

Com a explosão demográfica ocorrida no século XX, a abundância de mão-de-obra, a desigualdade sócio-econômica brutal, o desemprego estrutural, aliada ao etiquetamento e o preconceito decorrentes do cárcere, praticamente acabou com o ideal do cárcere como reformador de delinqüentes e transformador de trabalhadores. A prisão tornou-se uma Instituição falida, fracassada e não reintegradora.

A disparidade entre o mundo desenvolvido e o mundo em desenvolvimento aumentou continuamente durante o século XX, e atualmente é a maior que já houve. ”⁵. Nesse ponto caberá analisar como o fenômeno da globalização estimula a propagação da desigualdade, seja entre as sociedades ou dentro delas, e como a repercussão desse processo atua influenciando o sistema penal.

2.2 A GLOBALIZAÇÃO

No parecer de Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini, a globalização trouxe as seguintes conseqüências ao direito penal: a globalização dos crimes e dos criminosos, em razão da livre circulação financeira global; a globalização dos bens jurídicos, traduzindo a idéia da sociedade de risco, e a globalização das vítimas, no sentido de que da vítima individual passou-se a ser a vítima coletiva; a globalização da explosão carcerária ⁶.

⁵ GIDDENS, 2005: pág.74

⁶ GOMES, 2002: pág.22

Giddens, ao enfrentar o assunto da globalização, reafirma as novas formas de riscos sociais, e salienta o maior deles; o crescimento da desigualdade:

“A globalização está procedendo de uma maneira irregular. Seu impacto é experienciado diferentemente, e algumas de suas conseqüências estão longe de ser benignas. Ao lado desses problemas ecológicos crescentes, a expansão das desigualdades dentro e entre as sociedades é um dos mais sérios desafios com que se defronta o mundo no raiar do segundo milênio.”⁷

A desigualdade entre as nações, explica-se em grande parte pelas facilidades tecnológicas que alteram a noção tempo-espaço antes conhecida pelo sistema produtivo, traçando uma economia globalizada. Nesse contexto as empresas buscam cada vez mais reduzir os custos, com mão-de-obra e matéria-prima, dentro da lógica de produção capitalista. Pode-se ilustrar tais mecanismos a partir dos processos a seguir descritos pelo historiador Boris Fausto:

“A globalização da economia e as mudanças tecnológicas permitiram, por exemplo, que, na indústria têxtil, o fio fornecido pela Indonésia, fosse convertido em pano na Índia, transformado em roupas na Tailândia - de acordo com modelos desenhados em Formosa – e vendidos afinal na Alemanha”⁸.

Segundo o historiador “alguns países detentores de matérias-primas entraram em total declínio. Passaram de ‘vítimas do Imperialismo’ a ‘órfãos’ abandonados em uma nova ordem econômica.”⁹, e assim, “A globalização parece estar exacerbando essas tendências ao concentrar mais renda, riqueza e recursos em um pequeno núcleo de países”.¹⁰

Da mesma forma que esse estímulo à desigualdade opera entre países, também ocorre dentro de um mesmo país, importando no aumento dos níveis de miséria e desemprego, principalmente para os indivíduos mais vulneráveis, que não têm a chance de investir na educação para adquirir condições mínimas para competir em um mercado de trabalho saturado. Nesse sentido, convém ressaltar as palavras de Milton Santos:

⁷ GIDDENS, 2005: pág.74

⁸ FAUSTO, 2001: pág. 553

⁹ FAUSTO, 2001: pág. 554

¹⁰ GIDDENS, 2005: pág.75

“De fato para a grande maior parte da humanidade a globalização está se impondo como uma fábrica de perversidades. O desemprego crescente torna-se crônico. A pobreza aumenta e as classes médias perdem a qualidade de vida. O salário médio tende a baixar. A fome e o desabrigo se generalizam em todos os continentes.”¹¹

O fenômeno da globalização trouxe para o âmbito do controle penal uma série de transformações na forma de regulação legal adotada na modernidade, assim como o ideário liberal, na economia e na política, ganhou enorme projeção.

Há uma verdadeira demanda social por mais proteção frente ao incremento da criminalidade, canalizada de modo mais ou menos irracional como uma demanda de punição. A atual tendência expansiva mostra um consenso global sobre as virtudes do direito penal como instrumento principal de proteção dos cidadãos. A partir desta matriz explicativa, é possível compreender a complexidade do processo de transformação do controle penal nas sociedades contemporâneas.

2.3 BRASIL

A criminalização seletiva assume diferentes faces ao longo da história. No Brasil, o processo começa em sua colonização. Inicialmente ela se dá com a captura, pelo colonizador, dos povos indígenas que habitavam a costa do Brasil. Essa tentativa mostrou-se, mais tarde, infrutífera, vez que o índio brasileiro, pela sua cultura e pela sua forma de vida, não se sujeitava plenamente ao exercício do trabalho forçado, preferindo em muitos casos a morte, que se dava nas fugas e nos enfrentamentos.

“Além da atração exercida pelo comércio negreiro, a escravização do índio chocou-se com uma série de inconvenientes, tendo em vista os fins da colonização.

¹¹ SANTOS, 2005: pág.19

Os índios tinham uma cultura incompatível com o trabalho intensivo, regular e mais ainda compulsório, como pretendido pelos europeus.”¹²

Era preciso produzir cada vez mais, a fim de atender às demandas da Coroa Portuguesa. A solução encontrada foi o lucrativo comércio de escravos negros. Povos abundantes nas costas africanas por onde passavam as naus, que aos poucos se adaptavam para poder transportar cada vez mais escravizados. Criou-se um lucrativo comércio. “Estima-se que entre 1550 e 1855, entraram pelos portos brasileiros, quatro milhões de escravos, na sua grande maioria, jovens do sexo masculino.”¹³

Sobre a estrutura social da colônia, “O critério discriminatório se referia essencialmente a pessoas. Mais profundo do que ele, existia um corte separando pessoas de não-pessoas, ou seja, gente livre de escravos, considerados juridicamente como coisas.”¹⁴

O auge do tráfico se deu a partir do século XVI, com as incursões pela África; um processo de captura de homens e de mulheres, não sendo poupadas nem mesmo as crianças, para dar início a um rentável comércio de trabalhadores escravos, que eram colocados à disposição daqueles senhores de terra, mineiros, agricultores, pecuaristas, enfim, toda uma gama de colonos que precisavam e buscavam mão-de-obra, a princípio, aquela que fosse barata e farta, com graus de produtividade que pudesse atender às necessidades crescentes da Colônia.

Prevendo os movimentos políticos iniciados com a Independência, é elaborada, em 1.850, a Lei das Terras, que entre outros temas dava a conhecer qual o procedimento a seguir para quem quisesse adquirir terras no Brasil. Também, no mesmo ano, foi aprovada a Lei Eusébio de Queiroz, que proibia o tráfico de escravos.

“Em que prazo e de que forma acabaria a escravidão no Brasil? Quem substituiria a mão-de-obra escrava? Um início de resposta pode ser encontrado na Lei de Terras, aprovada em 1850, duas semanas após a extinção do tráfico. A lei tentou por ordem à confusão existente em matéria de propriedade rural. Determinou que, no futuro, as terras públicas seriam vendidas e não doadas, como acontecera com as antigas sesmarias, estabeleceu normas para legalizar a posse de terras e

¹² FAUSTO, 2001: pág. 22

¹³ FAUSTO, 2001: pág. 51

¹⁴ FAUSTO, 2001: pág. 31

procurou forçar o registro das propriedades. A legislação foi concebida como uma forma de evitar o acesso à propriedade de terra por parte dos futuros imigrantes. As terras públicas deveriam ser vendidas por um preço suficientemente elevado para afastar posseiros e imigrantes pobres.”¹⁵

Com a Lei das Terras, de 1.850, quem tivesse dinheiro teria direito a terra. A Lei acabava com as terras devolutas, que passaram a pertencer ao Império. Isso, nada mais era, do que manter a terra nas mãos dos ricos e poderosos colonizadores e seus descendentes, pois, certamente, com o fim do processo abolicionista, os libertos poderiam continuar trabalhando as terras improdutivas, devolutas, transformando-as em produtivas. Assim, como a independência não libertou os laços de dominação entre metrópole e colônia pela lógica de dominação da balança comercial: compra barato, vende caro (repercutidos atualmente em países centrais e periféricos), a abolição da escravidão não tornou liberto o escravo ao inseri-lo numa lógica de desigualdade e dominação, fazendo-os trabalhar por salário que mal dava para sustentar-se dignamente, prendendo-os em uma vida de subsistência similar aos tempos de escravidão.

Naquele momento, iniciava-se uma espécie de servidão compulsória. Ora, o escravo que seria liberto não teria dinheiro para comprar terra. Não lhe restaria senão a opção de trabalhar para o mesmo senhor, ou para outro, por pequenos salários, ou ainda comida, água, um lugar pra dormir, roupas, ferramentas. O mesmo que ele tinha quando escravo, mas, a partir de então, livre. Que liberdade era essa que não continha outra coisa senão um falso direito de ir e vir? Mas a consciência de que o precioso bem da liberdade, estava garantido por lei. Nenhum homem estaria, teoricamente, a partir de então, sujeito à escravidão, porém nessa época e nos tempos modernos, classes são marginalizadas pelo modo de produção de nosso Estado capitalista neoliberal e criminalizadas de forma cruel pelo sistema penal.

“A concepção definidora da colonização pela grande empresa monocultora escravista é um modelo cujo valor consiste em dar as linhas básicas de entendimento de um sistema que caracterizou o Brasil na colônia e deixou suas marcas após a independência. Que marcas são essas? A grande propriedade, a vinculação com o exterior através de uns poucos produtos primários de exportação, a escravidão e suas conseqüências.”¹⁶

¹⁵ FAUSTO, 2001: pág.107

¹⁶ FAUSTO, 2001: pág. 59

Em um salto de quase um século no presente panorama, no início da década de 40, o Decreto-lei 3.688/41, assinado por Getúlio Vargas, que dispõe sobre as contravenções de vadiagem e mendicância, descrita nos seguintes termos (artigos 59 e 60): “Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover a própria existência mediante ocupação lícita” e “Mendigar, por ociosidade ou cupidez. Já que entre seus diversos elementos figura a inexistência de renda, a “vadiagem” e a “mendicância” se consubstanciam num modelo de conduta de seleção, que só pode ser realizada pelos substratos sociais mais humildes, os pobres e miseráveis.

Sobre a época da ditadura, iniciada em 1964, não precisamos versar muitas palavras para trazer à idéia, o falso discurso do medo, no prisma da ‘ameaça vermelha’, o sistema punitivo penal seletor e violento atuava em detrimento de importantes garantias, direitos e liberdades que eram exterminadas com suporte legal ¹⁷, nas mãos do grupo detentor do poder.

A legislação penal no Brasil e na América Latina, nos anos 90, foi marcada por duas características muito conhecidas: simbolismo e excesso punitivo. É uma legislação simbólica porque não é aprovada para resolver de verdade os problemas (nossos conflitos). A preocupação central é acalmar simbolicamente a ira da população, revoltada com os altos índices de violência.

“O Brasil enfrenta os novos desafios em uma situação difícil. Quase não é preciso lembrar que a opção pelo crescimento desordenado e a concentração de renda produziram efeitos sociais devastadores. A urbanização que em parte resultou no ‘inchaço’ das grandes cidades, agravou problemas de transportes, de saneamento básico, da poluição do ar, etc., etc. As cidades se tornaram o foco mais dramático da insegurança, da criminalidade, onde a infância abandonada fica exposta com maior crueza.” ¹⁸.

Legisla-se para contentar as elites, a mídia assim como a parcela insatisfeita da sociedade. O excesso punitivo (que atende o inconsciente coletivo) revela-se patente na

¹⁷ Ato Institucional nº 5, art. 5º - A suspensão dos direitos políticos, com base neste Ato, importa, simultaneamente, em: I - cessação de privilégio de foro por prerrogativa de função; II - suspensão do direito de votar e de ser votado nas eleições sindicais; III - proibição de atividades ou manifestação sobre assunto de natureza política; IV - aplicação, quando necessária, das seguintes medidas de segurança: a) liberdade vigiada; b) proibição de frequentar determinados lugares; c) domicílio determinado.

¹⁸ FAUSTO, 2001: pág.554

criação de novos crimes, aumento de penas, endurecimento da execução, corte de direitos e garantias fundamentais etc. Em tal período foi criada a criticada lei de crimes hediondos, aumentando as penas, anulando e reduzindo as garantias processuais penais, em descompasso com o código penal vigente. No caso do menino João Hélio, por exemplo, onde houve um apelo da mídia e das autoridades pela menoridade penal como solução. Tais iniciativas revelam explicitamente o caráter simbólico emergencial do direito penal perdura à quase dois séculos.

A lei penal é taxada como instrumento de combate da violência endêmica. Passa-se o tempo e nota-se que tal procedimento não funciona e persiste-se em seu uso e são gerados efeitos ainda piores, capazes, além de agravar o problema, de impedir que o olhar da sociedade se volte para os reais motivos dessa violência, que certamente se escondem atrás de interesses políticos das minorias que têm representatividade no processo de tomada de decisões.

2.4 O PAPEL DA MÍDIA

Como ponto primeiro resta certo o papel da mídia como meio propagador de apelos de uma sociedade de consumo, e assim, “através dos meios massivos de comunicação, os donos do mundo nos comunicam a obrigação que temos todos de nos contemplar num único espelho que reflete os valores da cultura de consumo.”¹⁹

É dessa forma que a mídia nos ensina que o sujeito é o que tem, e nos faz confundir bem estar com quantidade de produtos, compelindo-nos a importar falsas necessidades de consumo dos países centrais do globo capitalista. O mesmo meio que cria tais aspirações (o que serve inclusive de inspiração para a ocorrência de crimes, quando o crime é tido como único meio de alcançar os bens a serem consumidos), também propaga o discurso do medo, da punição exacerbada, vingativa, que marca um sistema punitivo seletor e

¹⁹ GALEANO, 2001: pág. 27

cruel, moldando e controlando toda a sociedade e sendo moldada e controlada por uma minoria dominante. Nesse sentido Galeano comenta:

“A publicidade manda consumir e a economia o proíbe. As ordens de consumo, obrigatórias para todos, mas impossíveis para a maioria, são convites ao delito. Sobre as contradições de nosso tempo as páginas policiais dos jornais nos ensinam mais do que as páginas de informação política e econômica. Este mundo, que oferece o banquete a todos e fecha a porta no nariz de tantos, é ao mesmo tempo igualador e desigual: igualador nas idéias e nos costumes que impõe e desigual nas oportunidades que proporciona.”²⁰

Dessa forma, como exposto, o papel da mídia está vinculado à continuação da lógica de dominação, entre homens ou entre países, a serviço das instituições de grandes fortunas. Essa mesma lógica se vale da necessidade de uma classe inferiorizada, que trabalhe em troca de salários indignos, em detrimento à produtividade e conseqüente aumento das fortunas e controle oculto da classe operária. Devido a essa mesma lógica, os meios de comunicação trazem o discurso do medo, e em conseqüência surgem as propostas, maculadas de todo um caráter simbólico e vingativo, de endurecimento da lei penal (como a maioria penal reduzida, a extinção de garantias processuais), tanto no mundo das leis (primazia na punição de crimes contra o patrimônio em detrimento à crimes de poder, como a corrupção, os crimes ecológicos, as faudes fiscais), como por parte das agências penais, onde a Polícia, Ministério Público e Magistrados interiorizam tal discurso, cegos à lógica do sistema como um todo, agindo com violência e através de critérios seletivos, não logrando êxito na redução da criminalidade por não atacar o problema em sua origem, que seria a desigualdade econômica, solucionável apenas por meio de investimento público nos setores da área social.

A mídia também deve ser entendida como um produto a ser consumido, afinal essa é a mola mestra de sua atuação, e é nesse sentido que ela procura escolher e vender os fatos de forma sensacional, geralmente dotados de sentimentalismo, mexendo com a consciência do público enquanto os verdadeiros problemas sociais, que vão em muito além dos fatos noticiados, se esquecem na ilusória idéia do inimigo único, aquele “monstro-vilão” que aparece na televisão e deve ser preso para que o problema se resolva por completo no imaginário comum. As notícias sobre crimes são tratadas de

²⁰ GALEANO, 2001: pág. 25

forma maniqueístas, onde o bem e o mal são estereotipados, com se fossem papéis a serem assumidos pelos autores sociais.

Nesse sentido os meios de comunicações, especialmente o televisivo, atuam como instrumento de alteração da realidade, já que muitas vezes é a única forma de observação da sociedade a que pertence seu interlocutor, e o influencia enormemente em sua visão de mundo. Dessa forma, é cediço que “Numa sociedade complexa como a nossa, somente vamos saber o que houve na rua ao lado dois dias depois, mediante uma interpretação marcada pelos humores, visões, preconceitos e interesses das agências envolvidas.”²¹

E é a partir daí que a mídia assume um papel fundamental, seja na exacerbação do discurso da insegurança, que acaba por legitimar o aumento da repressão penal, seja pela propagação das idéias consumistas, em uma sociedade desigual, sendo grande parte dessa excluída por ausência de possibilidades econômicas, gerando preconceitos e conduzindo a seletividade do sistema punitivo.

Deve-se investigar as influências da mídia no direito penal, ao passo que: “Há uma relação carnal entre o mundo da produção da notícia e o mundo da produção das coisas e das normas.”²²

Para Zaffaroni, estes feitos realizam-se através de mecanismos de: a) “*invenção da realidade*” (distorção pelo aumento do espaço publicitário dedicados a fatos de sangue, invenção direta de fatos que não aconteceram), b) “*profecias que se auto-realizam*” (instigação pública para a prática de delitos mediante metamensagens de “slogans” tais como “a impunidade é absoluta”, “os menores podem fazer qualquer coisa”, etc.) c) “*produção de indignação moral*” (instigação a violência coletiva, a apresentação de grupos de extermínio como “justiceiros”, etc.)²³

3. A CRISE DO SISTEMA PUNITIVO PENAL

²¹ SANTOS, 2005: pág.40

²² SANTOS, 2005: pág.40

²³ ZAFFARONI, 2001: pág.129

O discurso jurídico-penal revela, como nas informações veiculadas pela mídia, uma certeza no Direito Penal enquanto instrumento hábil e legítimo para fazer o enfrentamento dos conflitos sociais.

Raúl Eugênio Zaffaroni, ao referir-se ao discurso jurídico-penal oficial da América do Sul, adverte que “achamo-nos, em verdade, frente a um discurso que se desarma ao mais leve toque com a realidade”²⁴. A ciência penal claramente se distancia da realidade, e se afirma numa dogmática jurídica que procura não se envolver com os demais saberes, e nesse diapasão acaba por perder a sua legitimidade, não conseguindo atingir suas finalidades culminadas.

A injustificada crença na prevenção, mesmo diante de intensa produção científica anunciando sua impossibilidade, está relacionada a um modelo de ciência jurídica. Assim, a ciência jurídica, para fazer-se pura, tem recusado o diálogo com qualquer dado empiricamente colhido pelas pesquisas das demais ciências sociais. Salo de Carvalho fala de um “mal-estar” nas Ciências criminais a exigir uma intensa terapia transdisciplinar²⁵.

Defendido na lição de Magalhães Noronha, como ciência normativa “tem o direito penal caráter dogmático, não se compadecendo com tendências causais-explicativas. Não tem por escopo considerações biológicas e sociológicas acerca do delito e do delinquente”²⁶. Diante de tal orientação epistemológica, tem-se um distanciamento do jurista em relação à realidade, visto que aprende apenas uma análise das regras que comandam a coerência interna do sistema normativo, em um contexto positivista dogmático.

“Na criminologia de nossos dias, tornou-se comum a descrição da operacionalidade real dos sistemas penais em termos que nada têm a ver com a forma pela qual os discursos jurídico-penais supõem que eles atuem. Em outros termos, a programação normativa

²⁴ ZAFFARONI, 2001: pág. 12

²⁵ CARVALHO, 2006

²⁶ NORONHA, 1991: pág. 7

baseia-se em uma ‘realidade’ que não existe e o conjunto de órgãos que deveria levar a termo essa programação atua de forma completamente diferente”.²⁷ Assim, muito embora a “campanha de lei e ordem” mostre acreditar no Direito Penal enquanto instrumento de resolução de problemas sociais, a operacionalidade real dos sistemas penais, de forma mais clara na América Latina, tem demonstrado que eles “operam com um nível tão alto de violência que causam mais mortes do que a totalidade dos homicídios dolosos entre desconhecidos praticados por particulares”²⁸. Soma-se à reprodução da violência, entre outros vários aspectos negativos²⁹, a seletividade, a incapacidade preventiva, o estímulo ao crime.

O direito penal propaga um discurso igualitário, porém a atuação real do sistema penal é flagrantemente seletiva, “atingindo apenas determinadas pessoas, integrantes de determinados grupos sociais, a pretexto de suas condutas”³⁰. Assim, embora haja exceções:

“na grande maioria dos casos os que são chamados de ‘delinquentes’ pertencem aos setores sociais de menores recursos. Inquestionavelmente é bastante óbvio que quase todas as prisões do mundo estão povoadas por pobres. Isto indica que há um processo de seleção de pessoas às quais se qualifica como ‘delinquentes’ e não, como se pretende, um mero processo de seleção das condutas [...]”³¹.

Justamente porque opera de maneira seletiva, cancelando toda a pretensa igualdade, legalidade e legitimidade do discurso jurídico-penal oficial, as prisões brasileiras mais se “parecem com campos de concentração para pobres”³². Na verdade, segundo Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo:

²⁷ ZAFFARONI, 2001: pág. 12

²⁸ ZAFFARONI, 2001: pág. 13

²⁹ Paulo Queiroz, em estudo das teorias deslegitimadoras do sistema penal, aponta doze críticas: 1) é incapaz de prevenir; 2) é seletivo; 3) é estruturalmente violador dos direitos humanos; 4) somente intervém excepcionalmente; 5) reificação do conflito; 6) é o próprio sistema que cria o crime; 7) intervém sobre pessoas, e não sobre situações; 8) é reativo e não preventivo; 9) atua tardiamente; 10) atua com uma concepção falsa de sociedade; 11) a lei penal é uma criação artificial; 12) atua sobre os efeitos e não sobre os condicionantes. QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 88-101

³⁰ BATISTA, 2007, p. 26

³¹ ZAFFARONI, PIERRANGELI, 2007: pág. 56

³² WACQUANT, 2001: pág. 11

“[...] o sistema prisional é um espetáculo de horrores, que não choca a opinião pública e não comove os governantes, porque exatamente isso o que se espera dele: a expiação da culpa, o sofrimento, a punição do corpo e da alma dos depositários das nossas mazelas sociais”.³³

Além de seletivo, o Direito Penal, pelos mais variados fatores, é também incapaz de prevenir. A primeira condenação tem, na prática, colaborado para a criação de uma carreira marginal.

Segundo estatísticas do Departamento Penitenciário Nacional, do Ministério da Justiça, em dezembro de 2007, existiam 366.359 presos e internados no sistema penitenciário no Brasil, dentre eles 127.562 em prisão provisória e 157.202 em regime fechado (em um total de 284.764 presos em regimes de encarceramento total, em contraposição aos internados por medidas de segurança, e presos nos regimes aberto e semi-aberto, (e isso sem contar os 56.014 presos efetivamente na polícia).

Dentro desse total de 366.359 de presos no sistema penitenciário, podemos observar ao olhar o perfil do preso por grau de instrução, que a partir do ensino fundamental incompleto, passando pelos níveis do ensino fundamental completo, ensino médio incompleto, ensino médio completo, ensino superior incompleto, e ensino superior completo, a curva demonstrativa é perfeita e gritantemente descendente, quanto mais escolaridade menos presos.

Convém ressaltar também que nesse mesmo universo de presos no sistema penitenciário, 72.143 são reincidentes, e que existem 1.566 penitenciárias, cadeias públicas e similares no Brasil, em harmonia com o sistema punitivo penal de seleção inspirado no discurso propagandista do medo.³⁴

A partir dos dados apresentados, nota-se um notório predomínio do setor social menos afortunado inserido no sistema penitenciário carcerário, de modo que é entendido que quanto maior a renda familiar maior a possibilidade de evolução acadêmica. Também cabe observar que o número de reincidências é demasiadamente elevado, assim como também é elevado o número de presos, o de penitenciárias e similares.

³³ AZEVEDO, 2006: pág. 12

³⁴ Fonte: www.mj.gov.br/depen

“A teoria das carreiras desviantes e do recrutamento dos criminosos nas zonas criminais mais débeis, encontra uma confirmação inequívoca na análise da população carcerária, que demonstrar a extração social da maioria dos detidos dos estratos sociais inferiores e o elevadíssimo percentual que, na população carcerária é representada pelos reincidentes.”³⁵

Recentemente, alguns setores do governo, de forma tácita ou expressamente, como é o caso recente do ex-Governador e então secretário de segurança do estado do Rio de Janeiro, Anthony Garotinho³⁶, postulou pela adoção do famoso programa nova-iorquino de “tolerância zero”³⁷, como um modelo a ser seguido no Brasil. O plano americano, do prefeito Rudolph Giuliani (Nova York), é reflexo do chamado direito penal máximo, segundo o qual, em síntese, todas as condutas ilícitas, por mais irrelevantes que sejam, devem ser objeto de pena, as penas devem ser mais longas, os regimes de cumprimento mais rígidos e as possibilidades de benefícios menores. Como consequência, o processo penal deve ser mais célere e utilitarista, no sentido de diminuir as garantias processuais do cidadão em nome do interesse estatal de mais rapidamente apurar e apenar condutas, prevenindo o aparecimento de crimes piores. Esse discurso, acaba gerando na população o equivocado sentimento de que o programa de tolerância zero é a solução para todos os males. O movimento de tolerância zero, ou ‘law and order’ prega a supremacia estatal e legal em franco detrimento de direitos fundamentais consagrados. A reportagem da veja da edição 1857, de 9 de junho de 2004, salienta a falta de eficiência de tal programa no Rio de Janeiro, mostrando-nos que:

“Na verdade, desde 1999 – com uma interrupção nos nove meses do governo Benedita da Silva, em 2002 – Anthony Garotinho tem nas mãos o comando da polícia fluminense, seja como governador, seja como secretário. Nesse período, o índice de crimes violentos permaneceu inalterado”.

³⁵ BARATTA, 2002: pág. 180

³⁶ <http://www.diariooon.com.br/arquivo/3379/policia/policia-8269.htm> e http://veja.abril.com.br/090604/p_050.html

³⁷ A teoria das janelas quebradas serviu como base para o assim chamado **policimento de tolerância zero**, uma abordagem que enfatiza o processo contínuo de manutenção da ordem como chave para a redução de crimes sérios. O policiamento de tolerância zero tem por alvo pequenos crimes e formas de conduta que perturbem a paz, como o vandalismo, a vadiagem, a abordagem de pessoas para pedido de dinheiro e a embriaguez em público. Acredita-se que as sanções severas da polícia contra o desvio de menor escala produzam um efeito positivo na redução de formas mais sérias de crime.

Como aponta Vera Malaguti ³⁸, a mensagem do prefeito de Nova York foi muito bem entendida pelos policiais que, ao torturarem Abner Louima, afirmaram: “stupid nigger...know how to respect cops. This is Giuliani time. It is not Dinkins times” ³⁹.

A "distorcionante" instrumentalização do direito penal⁴⁰ está vinculada a vários fatores, podendo destacar-se, entre eles, as influências políticas e da mídia. Dadas as condições da realidade, o Estado contemporâneo, que reduz a intervenção em matéria social, endurece a legislação, transformando o direito penal de forma de intervenção subsidiária em principal forma de combate aos problemas sociais.

Inserido nesse contexto supervalorizador, o direito penal impõe à sociedade uma criminalização de seleção, focando suas ações nos marginalizados. Essa característica seletiva aparece tanto nos processos de criminalização primários quanto nos processos de criminalização secundários.

Quanto à criminalização primária, Baratta explica a existência de “conteúdos” e “não-conteúdos” da lei penal. Os “conteúdos” se debruçam sobre os valores que refletem a cultura burguesa-individualista, com normas voltadas para tutela principal do patrimônio privado e buscando criminalizar seletivamente os extratos sociais inferiores em contraposição aos “crimes de colarinho branco”, quanto aos “não-conteúdos”, apoiados no “caráter fragmentar” do direito penal, atuam sob a mesma ótica, valorando relevância penal em certas matérias e criando imunizações para condutas lesivas aos grupos de classes menos vulneráveis.

“As pessoas que representam as forças da lei e da ordem, ou que têm a capacidade de impor aos outros suas definições de moralidade convencional, são responsáveis pela maior parte da rotulagem. Os rótulos que criam categorias de desvio expressam, portanto, a estrutura de poder da sociedade. Em geral, as regras em termos das quais se define o desvio são formuladas pelos ricos para os pobres, pelos homens para as mulheres, pelas pessoas mais velhas para as mais jovens e pelas majorias étnicas para os grupos minoritários.” ⁴¹.

³⁸ MALAGUTI, 1997

³⁹ “Crioulo burro...aprenda a respeitar a polícia. Esse é o tempo de Giuliani. Não é mais tempo de Dinkins” (ex-prefeito negro de NY).

⁴⁰ Gomes; Bianchini, 2002

⁴¹ GIDDENS, 2005: pág.178

A criminalização secundária, que acentua ainda mais a seletividade do sistema, opera na ação dos órgãos investigadores e judicantes é marcada por profundo preconceito ‘estereotipador’. Soma-se ao contexto ainda, nas palavras do ilustre autor: “A distância lingüística que separa julgadores e julgados, a menor possibilidade de desenvolver um papel ativo no processo e de servir-se do trabalho de advogados prestigiosos, desfavorecem os indivíduos socialmente mais débeis”⁴²

Magistrados, Ministério Público e funcionários judiciais que operacionalizam o sistema penal padecem de um condicionamento intitulado burocratização. Tal fenômeno é descrito por Zaffaroni nos seguintes termos:

“Seleciona-os dentre as classes médias, não muito elevadas, e lhes cria expectativas e metas sociais da classe média alta que, enquanto as conduz a não criar problemas no trabalho e não inovar para não os ter, cria-lhes uma falsa sensação de poder, que os leva a identificar-se com a função (sua própria identidade resulta comprometida) e os isola da linguagem dos setores criminalizados e fossilizados (pertencentes às classes mais humildes), de maneira a evitar qualquer comunicação que venha a sensibilizá-los demasiadamente com a dor daqueles. Este processo de condicionamento é o que denominamos burocratização do segmento judicial.”⁴³.

Sobre o setor judiciário, Baratta alerta que “Em geral, pode-se afirmar que existe uma tendência por parte dos juízes de esperar um comportamento conforme a lei nos indivíduos pertencentes aos estratos médios e superiores; o inverso ocorre com os indivíduos provenientes dos estratos inferiores.”⁴⁴.

É manifesto que a atuação das agências penais em toda América Latina é parcial e injusta, criando estereótipos criminosos, que são difundidos e constroem a chamada opinião pública através dos meios de comunicação de massa.

Assim, a criminalidade não é seletiva; a criminalização, sim, pois todos são capazes de cometer, e cometem, crimes, mas nem todos são punidos por eles. Essa arbitrariedade

⁴² BARATTA, 2002: pág. 177

⁴³ ZAFFARONI, PIERANGELI, 2007: pág.72

⁴⁴ BARATTA, 2002: pág.178

pode ser facilmente constatada ao analisarem-se as características sócio-econômicas dos encarcerados nas penitenciárias do terceiro mundo.

São, pois, marginais pela sua condição; rotulados antes mesmo de nascerem pelo simples fato de provirem de uma classe socialmente vulnerável. Contra os crimes de poder há uma inoperância geral nos sistemas penais latino-americanos; os exemplos de efetividade diante desses crimes que chegam ao conhecimento da população não é nada mais do que o excepcional, pessoas e grupos que perdem a proteção, ou ainda são expostos intencionalmente e descartados quando necessário, produzindo os tão famosos escândalos que aparecem repetidamente na mídia brasileira. Logo, um poderoso só perde o manto da invulnerabilidade quando colide com um poder maior ⁴⁵ que, para manter-se, precise expor e punir uma ‘parte podre’, que muitas vezes nem é efetivamente punida, em razão de imunidades e privilégios do poder, para que a população sinta-se mais segura e confiante.

Os sistemas penais marginais reproduzem sua clientela por um processo de seleção e condicionamento criminalizante que permite a catalogação dos criminosos cujas características coadunam-se com a imagem correspondente à descrição fabricada, deixando de fora dessa seleção os outros tipos de delinquentes, tais como a delinquência de colarinho branco e a de trânsito.

Por esse aspecto, fala-se que a impunidade, e não a criminalização, é a regra no funcionamento do sistema penal, uma vez que se sabe que a cifra negra ⁴⁶ é considerável, sendo uma ínfima parcela dos crimes cometidos – e só aqueles que interessam ao sistema penal – efetivamente punidos. Nesse sentido:

“A criminalidade não é o comportamento de uma restrita minoria, como requer uma difundida concepção (e a ideologia da defesa social a ela vinculada), mas, ao contrário, o comportamento de largos estratos ou mesmo da maioria dos membros de nossa sociedade”. ⁴⁷

⁴⁵ ZAFFARONI, 1999: pág. 108

⁴⁶ A expressão se refere, nas palavras de Raúl CERVINI (*Os processos de descriminalização*, p. 185), à existência de um bom número de infrações penais, variável segundo a sua natureza, que não seria conhecido ‘‘oficialmente’’, nem detectado pelo sistema e, portanto, tampouco perseguido

⁴⁷ BARATTA, 2002 : pág. 103

O mito do direito penal como direito igual é destruído pelo sociólogo Alessandro Baratta⁴⁸, o qual demonstra que o direito penal não defende todos os bens essenciais, mas somente aqueles escolhidos conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema sócio-econômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos; a lei penal não é igual para todos, pois o status de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos pelas agências estatais; e a intensidade do grau efetivo de reação criminalizante independe do dano social das ações e da gravidade das infrações à lei.

Essa seletividade estrutural do sistema penal é a mais patente demonstração da ilegitimidade e da falsidade do exercício das agências legislativa, executiva e judicial. As primeiras, as agências legislativas selecionam os crimes que atingem os seus – e os de seus iguais – interesses, protegendo os bens jurídicos que lhe são importantes; as segundas, as agências executivas, atuam arbitrariamente ao abordar sempre os mesmos indivíduos, escolhidos pelos que enxergam através da lente do estigma da intolerância da sociedade que lhe emprega, e as terceiras, as agências judiciais, recebendo essa ínfima parcela de conflitos seletivizados, furta-se de seu papel de redução de contenção da irracionalidade das agências extrajudiciais que lhe antecederam e, em vez de realizar o seu papel de distribuidora da justiça e pacificadora dos conflitos sociais, sem perceber, termina por legitimar toda a agressão até então realizada.

A realidade é, então, filtrada pelas escolhas dos órgãos extrajudiciais, que servem ao Ministério Público e à Justiça, limitando-s ocultamente e continuando a atuação de seleção do sistema punitivo penal.

A profunda disparidade entre o discurso jurídico-penal e a realidade operacional do sistema penal demonstra que aquele atua de forma completamente alienada.

O grande esforço de invenção da realidade e abstração de qualquer dado incômodo presente nela – que contrarie o discurso formado e, muitas vezes, importado dos países centrais – provoca o que Zaffaroni chama de “atitude histérica”⁴⁹.

⁴⁸ BARATTA, Criminologia Crítica e crítica do Direito Penal, 3º edição, ed. Revan: ICC, 2002.

⁴⁹ ZAFFARONI, 1999: pág. 80

O direito penal, assim, está marcado por um distanciamento profundo que afasta toda e qualquer ligação direta com os saberes das outras ciências sociais, atribuindo-lhes o caráter de meros saberes subordinados, crendo que possa agir sem a necessária interdisciplinaridade que tornaria o seu exercício real e afastaria o isolamento no qual se encontra.

Já faz alguns séculos que o discurso jurídico-penal baseia-se em ficções dogmáticas, trazendo elementos de fora (hoje, buscam-se esses elementos dos países centrais, cuja realidade em nada se parece com a nossa, como na importação das campanhas de ‘tolerância zero’ ou até mesmo inventando-os, sem nunca operar com os dados concretos da realidade social na qual está inserido⁵⁰.

A mídia⁵¹, por sua vez, espalha mensagens que instigam a perpetração de crimes, tais como frases que viram jargões populares e são internalizadas pelas pessoas que passam a acreditar nelas e a dar-lhes força como, por exemplo, “a impunidade reina”; “aquele que furta hoje será o assassino de amanhã”.

Diante de tamanha manipulação, não é estranho que a população entre em uma espécie de medo global e perceba a realidade ao seu redor como algo imutável e inquestionável, preocupadas com os questionamentos de falta de prisões em vez de achar que sobram presos.

O medo da população cresce e justifica injustificadamente a atuação do ódio e da violência nas agências estatais; o preconceito aumenta; as desigualdades tornam-se mais visíveis; o choque com a realidade é tormentoso; a violência é mais utilizada; as misérias multiplicam-se; a contradição do sistema punitivo penal emerge. O excluído, crendo que não conseguirá empregar-se, cobra a justa distribuição da renda do país por meios privados, tentando, através dos furtos, roubos, latrocínios ou atuação junto ao tráfico, alcançar uma vida mais digna para si.

⁵⁰ ZAFFARONI, 1999: pág. 49

⁵¹ Nilo Batista costuma incluir as agências de comunicação dentro do rol de agências do sistema penal, pois ultrapassam a sua mera função informativa e passam a desempenhar funções policiais.

O poder público, temendo uma maior violência, endurece a repressão para tentar retirar da sociedade os insatisfeitos e transgressores do pacto social. Aumentando o desemprego e fortalecendo a violência.

Desse modo, aquele pré-selecionado pelas agências punitivas é rotulado como delinqüente, passando a assumir o papel que lhe foi atribuído e comportando-se de acordo com ele, pelo processo que o mestre Zaffaroni chama de “profecias que se realizam”, contribuem para o fortalecimento da violência e a continuação do estado de polícia ao invés do estado de direito.

Os órgãos dos sistemas penais da região periférica produzem, no exercício de seu poder, um nível bastante alto de violência, causando mais mortes do que o total de homicídios praticados por particulares, como a ala da criminologia crítica vem demonstrando.

Além das mortes diretamente ocasionadas pelo exercício da atividade policial e no interior das prisões, há aquelas mortes para as quais o sistema ignora, tomando uma posição de total indiferença frente às suas causas, como é o caso das mortes culposas no trânsito por falta de conservação das estradas; das mortes resultantes de abortos; das mortes por carências alimentares e assistenciais; das mortes de operários por negligência na segurança industrial, entre outras.

O discurso de que certas mortes são necessárias para evitar tragédias muito maiores, dentro da premissa da inexistência do direito penal e a conseqüente realização da justiça privada que deflagraria crueldade e impunidade, aumentando os índices criminais, é muito utilizado na tentativa de justificar um sistema penal belicoso no qual uma política de extermínio das camadas menos abastadas é o ponto principal de sua cartilha. O discurso simplista de que “os fins justificam os meios” acaba por fazer que esqueçamos os principais fins a serem perseguidos: a luta pela paz comum.

Não há possibilidade de legitimação do sistema punitivo dos países periféricos dentro dos moldes de dominação capitalista importados. O discurso mantém-se, e por isso urge

respostas para através de mecanismos de contra-seleção no sistema punitivo penal, se consiga atenuar a marca injusta de violência e seleção do nosso direito penal.

Um dos principais problemas dos países é deixado nas mãos das polícias, mal remuneradas, mal aparelhadas e mal treinadas, facilmente corrompidas, enquanto integrantes das elites intelectuais, sociais e políticas declaram-se impossibilitados de sair às ruas de sua própria cidade por estarem “[...] com medo dos rapazes violentos e de suas armas poderosas, mas com a consciência tranqüila, apaziguada, como compete aos homens de bem. Nada mais falso e hipócrita”⁵².

Ao invés de segurança social o que se oferece é segurança criminal; e em lugar do Estado-Providência, tem-se o Estado-Penitência, “pois à atrofia deliberada do estado social corresponde a hipertrofia distópica do estado penal: a miséria e a extinção de um têm como contrapartida direta e necessária a grandeza e a prosperidade insolente do outro”⁵³.

Assim, o Estado, retirando-se do terreno das políticas sociais – que são exatamente os fatores capazes de mitigar as desigualdades inerentes a uma sociedade de exclusão –, terá de lidar com as conseqüências agravadas dessa sua omissão, traduzidas num incremento da criminalidade, através de um direito penal que está cada vez mais insuflado e seletor, sendo utilizado para o confronto dos mais diversos problemas da vida social, em total afronta aos princípios da subsidiariedade, e que opta por um discurso jurídico-penal ultrapassado e, mesmo não tendo efetividade e eficácia, continua sendo utilizado em total alienação quanto à realidade em que está inserido, produzindo uma criminalização violenta e seletiva.

O Poder Público protege os bens das pessoas contra a ação daqueles que não têm bens, ou seja, protegem-se os bens por achá-los absurdamente relevantes a ponto de merecerem a tutela penal⁵⁴. Assim, se as inspirações que têm os indivíduos e os grupos na sociedade não coincidem com as recompensas disponíveis, essa disparidade entre

⁵² ZAFFARONI, 1999: pág.158

⁵³ WACQUANT, 2001: pág. 80

⁵⁴ Visto que o direito penal, com aplicabilidade em ‘ultima ratio’, somente tutela os bens jurídicos que, de tão importantes, não puderam ser adequadamente protegidos pelos demais ramos do direito e da sociedade.

desejos e realizações será sentida nas motivações desviantes de alguns de seus membros. Esse caráter seletista da criminalização aumenta ainda mais se considerarmos em paralelo a atuação das agências estatais, que produzem, interpretam e aplicam as leis que regulam o comportamento social em total desarmonia com a realidade em que essas leis se inserem garantindo a continuidade das desigualdades materiais dentro da lógica neoliberal capitalista.

Boa lição, é a de que o direito penal⁵⁵, não é feito para a solução do conflito, a exclusão da vítima e a falta de reparação do bem lesionado, assim como a deslegitimação de qualquer fim atribuível à pena são demonstrações de que o direito atua na contenção dos grupos que foram selecionados pelas agências e não à repressão do delito, e qualquer pretensão de legitimar o sistema punitivo cairá num desvaneio que afastará o jurista da realidade que pretende regular.

As penas, que são vistas como a finalidade imediata do direito penal, têm a função de conter a ação do desviante⁵⁶, a de dissuadir os demais indivíduos⁵⁷ e a punição pela dor⁵⁸. A partir da realidade prática no que toca a eficiência dessas funções, a deslegitimação se entende então pela falta de qualquer racionalidade do sistema punitivo penal⁵⁹.

A prisão é, em regra, um atentado ao princípio constitucional da dignidade humana. A prisão, segundo Roberto Lyra:

“É a ruptura, de ofício, do chamado contrato social. O preso passa, compulsoriamente, a vegetar, noutra sociedade. Prisão é a morte moral, morte cívica, morte civil, morte mesmo pela consumição da vida... A prisão é o ‘meio criminal’ por excelência. A prisão em si representa sistemas de fraudes e violências, de impiedades e improbidades inatingíveis, segundo a experiência do passado e o desespero do presente. Em sentido mais profundo, são ofendidas a honra, a liberdade, a propriedade, a integridade corporal, a saúde, senão a vida... A prisão prejudica o indivíduo, a família e a sociedade. Multiplica-se ao máximo o

⁵⁵ E o direito de modo geral, pois este não oferece solução aos motivos que são causa dos conflitos e mais do que isso, regulariza esse modelo deslegítimo e perpetua os conflitos.

⁵⁶ Função preventiva especial

⁵⁷ Função preventiva geral

⁵⁸ Função retributiva, que pretende devolver ao desviante o mal que causou

⁵⁹ Zaffaroni em sua obra – Em Busca das Penas Perdidas – demonstra essa carência, ao evidenciar a progressiva “perda” das penas, no sentido de que, sendo a pena uma infilção de dor sem sentido, está ela “perdida”, pois carente de legitimidade e racionalidade.

mal do crime. A prisão é escola anormal de periculosidade, é curso de aperfeiçoamento celerado mantido pelo Estado... Seja qual for o fim atribuído à pena, a prisão é contraproducente. Nem intimida, nem regenera. Embrutece e perverte. Insensibiliza ou revolta. Descaracteriza e desambienta. Priva de funções. Inverte a natureza. Gera cínicos ou hipócritas”⁶⁰

Os fins penais, como a prevenção e a ressocialização do preso, em busca da realização de um falso humanismo, são justificadas com elementos universalizantes e abstratos, nunca encontrando coerência com as práticas cotidianas. Para que o apenado seja ressocializado, lança-se mão das mais terríveis e desumanas práticas punitivas, tudo em nome de conceitos vagos e imprecisos, como “segurança pública”, “paz social” entre outros.

Entre outros respeitáveis juristas, Tobias Barreto, e depois Nilo Batista, comparam o sistema punitivo à guerra, assim como o exercício das agências penais na aplicação do direito penal ao direito humanitário.

Assim como a guerra, o sistema punitivo está deslegitimado, e, assim como o direito humanitário, os operadores do direito penal devem procurar reduzir o nível da violência de uma instituição de poder estatal que está fora de controle (a pena), pois não se pode esperar suprimir todo um sistema punitivo positivo funcionalmente traçado para a realização de mecanismos de seleção, de uma única vez, e dessa forma deve-se buscar medidas de contra-seleção como respostas progressivas ao sistema, na tentativa de o tornar melhor à médio e longo prazo.

As agências judiciais, as quais atuam posteriormente ao principal exercício do poder do sistema penal, são responsáveis pela defesa dos direitos humanos. E é aqui, também, que se encontra o limite do seu poder. Nessa fase, ao contrário do que comumente ocorre, devem ser observados os direitos humanos, de forma que a atuação do órgão judiciário sirva como contra-poder de todo o sistema deslegitimado, entrando em contradição com este para produzir um discurso racional, o que não está relegitimando o sistema, mas, sim, legitimando, dentro daquilo que lhe está disponível, como uma atuação da agência judicial mais condizente com princípios e garantias fundamentais, como o princípio da

⁶⁰ LYRA, Roberto. *Direito Penal Normativo*, Rio: José Konfino, 1975.

dignidade humana , da aplicação em “ultima ratio” do direito penal e a adoção de um direito penal do fato e não do autor.

Em razão disso, deve-se elaborar um discurso que se dirija à legitimação do exercício das agências judiciais, uma vez que essa legitimação não importa a legitimação de todo o sistema, mas apenas o reforma a níveis de menor irracionalidade.

4. A PERSPECTIVA CRIMINOLÓGICA DE ALESSANDRO BARATTA E A DESLEGITIMAÇÃO DO SISTEMA PUNITIVO PENAL

Alessandro Baratta, em sua obra *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, tece a evolução por alguns paradigmas e marcos teóricos a seguir pormenorizados.

A criminologia contemporânea aparece em oposição à positivista no que toca a idéia de superação das teorias biológicas e psicológicas que diferenciam os sujeitos “normais” dos “criminosos”, mediante uma lógica determinista que negava o livre-arbítrio. Assim, a criminologia atual foca seu objeto de estudos no delinqüente e suas peculiaridades, ao invés do crime em si, dentro de um sistema jurídico legitimado pela defesa social.

A essa mudança associa-se o início da criminologia como disciplina científica, apesar de ter nascido dentro da concepção positivista da ciência como estudo das causas (paradigma etiológico). A partir de 1930 surgem novas tendências em substituição ao antigo modelo positivista. A consideração do crime como um comportamento definido pelo direito, e o repúdio do determinismo e da consideração do delinqüente como um indivíduo diferente, são aspectos essenciais da nova criminologia.

Antes de entrar na questão da legitimação do direito penal pela ideologia da defesa social, Baratta relaciona a escola liberal clássica, ao lado da positivista, como pioneira da criminologia moderna, através da fundamentação da teoria jurídica do delito e da pena

na concepção liberal do estado de direito, baseada no princípio utilitarista do bem comum e da defesa social a partir das idéias de contrato social e divisão de poderes.

“O contrato social está na base da autoridade do Estado das leis; sua função, que deriva da necessidade de defender a coexistência dos interesses individualizados no estado civil, constitui também o limite lógico de todo legítimo sacrifício da liberdade individual mediante a ação do Estado e, em particular, do exercício do poder punitivo pelo próprio Estado.”⁶¹

O autor elabora uma série de princípios com o escopo de analisar o conteúdo da ideologia da defesa social que legitima o sistema punitivo penal no contexto jurídico contemporâneo, ainda de cunho dogmático e tecnicista. Os princípios são: a) princípio da legitimidade; b) princípio do bem e do mal; c) princípio da culpabilidade; d) princípio da finalidade ou da prevenção; e) princípio da igualdade; f) princípio do interesse social e do delito natural.

Cada um desses princípios é negado através de teorias próprias. Desta forma o princípio da legitimidade é representado pela idéia de legitimidade do Estado para através de instâncias oficiais de controle social (polícia, leis, penitenciárias,...), reprimir a criminalidade em prol dos valores da maioria. Segundo Baratta, as teorias psicanalíticas da sociedade punitiva ao colocarem em dúvida a legitimidade do Estado, deslegitimam também todo direito penal, pois: “A função psicossocial que atribuem à reação punitiva permite interpretar como mistificação racionalizante as pretensas funções preventivas, defensivas e éticas sobre as quais se baseia a ideologia da defesa social (princípio da legitimidade) e em geral toda a ideologia penal.”.

Estas teorias não se preocupam com a redução da criminalidade, “mas corresponde a mecanismos psicológicos em face dos quais o desvio criminalizado aparece como necessário e ineliminável da sociedade”⁶², propondo uma concepção universal de delito, própria da criminologia liberal contemporânea, produzindo um antagonismo entre indivíduo e sociedade porém sem analisar as relações sócio-econômicas explicativas. Sobre o assunto, o sociólogo Giddens declara:

⁶¹ BARATTA, .2002: pág. 33

⁶² BARATTA, 2002: pág. 58

“As teorias psicológicas são capazes de, na melhor das hipóteses, explicar apenas alguns aspectos do crime. Enquanto alguns criminosos podem possuir características de personalidade distintas do restante da população, é muito improvável que a maioria dos criminosos assim as tenha. Com a variedade de tipos de crimes existente, é inadmissível supor que aqueles que os cometem possuam características psicológicas em comum. (...) As abordagens biológica e psicológica para a criminalidade presumem que o desvio seja um sinal de algo “errado” com o indivíduo e não com a sociedade. Vêm o crime como se sua causa fossem fatores que estivessem fora do controle do indivíduo incrustados no corpo ou na mente. Então, se a criminologia científica fosse capaz de identificar as causas do crime, seria possível tratá-las. Nesse aspecto, tanto a teoria biológica quanto a psicológica são *positivistas* por natureza.”⁶³

Por sua vez, o princípio do bem e do mal é afastado. O princípio entende como mal o delinquent, e como bem a sociedade, pois sendo o delito um dano pra sociedade, “o delinquent é um elemento negativo e disfuncional do sistema social”⁶⁴. Também dentro da concepção liberal contemporânea são as teorias funcionalistas que afastam tal princípio, universalizando o delito como normal no funcionamento da sociedade, e desde que dentro do limite funcional, o comportamento desviante seria um fator necessário e útil para o equilíbrio e o desenvolvimento sócio-cultural. Durkheim declara que o desvio é necessário para a sociedade preenchendo duas funções importantes:

“Primeiramente, o desvio possui uma função adaptável. Ao introduzir novas idéias e desafios na sociedade, o desvio age com uma força inovadora, que gera mudanças. Em segundo lugar, o desvio promove a *manutenção da fronteira* entre o ‘bom’ e o ‘mau’ comportamento na sociedade. Um evento criminoso pode provocar uma reação coletiva que aumenta a solidariedade em grupo e esclarece quais são as normas sociais.”

Já Merton modificou o conceito de anomia para referir-se à pressão imposta ao comportamento dos indivíduos quando as normas aceitas entram em conflito com a realidade social. “Para Merton o desvio é uma resposta natural dos indivíduos às situações em que se encontram.”⁶⁵

O princípio da finalidade ou da prevenção, baseado na idéia retribucionista da prevenção geral de efeito social e especial de efeito individual, pela pena, é rechaçado pelas teorias

⁶³ GIDDENS, 2005: pág.175

⁶⁴ BARATTA, 2002: pág. 42

⁶⁵ GIDDENS, 2005: pág. 176

do “etiquetamento” (ou “Labelling Approach” ou ainda da “reação social”) na medida em que ela propõe uma nova compreensão da criminalidade, importando-se mais com “as reações das instâncias oficiais de controle social, consideradas na sua função constitutiva em face da criminalidade. Sob este ponto de vista tem estudado o efeito estigmatizante da atividade da polícia, dos órgãos de acusação pública e dos juízes.” ⁶⁶. A utilidade das penas, em especial a de encarceramento é posta em dúvida, seja pelos resultados naturais das mesmas, como a continuidade da carreira criminosa do encarcerado, o alto índice de criminalidade e de reincidências, seja pela sua fundamentação ideológica, deslegitimada e distante da realidade social, que o direito insiste em não enxergar, envolto em dogmas que operam as técnicas de sua aplicação. Segundo Giddens:

“A teoria da rotulação é importante porque parte da suposição de que nenhum ato é intrinsecamente criminoso. As definições sobre criminalidade são estabelecidas pelos poderosos, com a formulação de leis a interpretação destas pela polícia, pelos tribunais e pelas instituições correcionais.” ⁶⁷.

O princípio da igualdade também é afastado, concebe a igual maneira que a lei penal é aplicada a todos os autores de delitos, e desta forma não pode ser entendida dentro desse mesmo sistema penal que estende sua ação punitiva de forma desigual aos estratos sociais diferentes, concentrando a punição nas camadas inferiores e pouco intervindo nos estratos superiores como no exemplo dos crimes do “colarinho branco”. A criminalização, como já debatida em seus graus primários e secundários, pressupõe um poder dentro da lógica seletista do sistema, o poder de escolher as normas aplicáveis e desta forma os crimes por elas perseguidas, e de estabelecer quais pessoas devem ser perseguidas, traduzido no poder de aplicar as normas.

O princípio do interesse social e do delito natural é por sua vez negado, entendido como delito aquele que é tipificado em razão da proteção de interesses fundamentais da sociedade, ou seja, comuns a todos os cidadãos. Assim, as teorias do conflito, concebem o processo de criminalização como um “processo no qual os grupos poderosos conseguem influir sobre a legislação, usando as instituições penais como uma arma para

⁶⁶ BARATTA, 2002: pág. 86

⁶⁷ GIDDENS, 2005: pág. 178

combater e neutralizar comportamentos de grupos contrários”⁶⁸, cabendo completar que esses grupos agem tanto no momento de elaboração das leis como nos processos de aplicação das mesmas.

O princípio da culpabilidade, que entende que o delito é expressão de uma atitude reprovável que contraria valores e normas sociais, é negado como os demais princípios constitutivos da idéia de defesa social. As teorias das subculturas criminais criticam a forma de compreensão da culpabilidade no sistema penal mostram que os mecanismos de aprendizagem e interiorização das regras de comportamento que estão na base da delinquência não diferem dos mecanismos de socialização ditos como normais, diante desta influência social o peso específico da escolha ou da determinação da vontade, além dos caracteres da personalidade que são em grande parte, impostos pela própria sociedade de acordo com a inserção em determinados grupos.

Baseado neste último princípio confrontado, é que se pretende traçar apontamentos a cerca do instituto da culpabilidade dentro do sistema penal, objetivando mais tarde a proposição de novos mecanismos que surgem como resposta ao caráter seletivo do sistema penal, dentro do instituto da culpabilidade. Nesse sentido, já dizia Von Liszt⁶⁹, que “[...] pelo aperfeiçoamento da teoria da culpabilidade mede-se o progresso do Direito Penal”.

A criminologia tradicional (clássica e positiva) falhou, pois sobre ela a sociedade capitalista impôs um controle social, melhor afirmando: controle das relações de poder, como se demonstrou. Somente com o advento da Escola Crítica, quando se centrou a visão nas relações com o Sistema Penal, conseguiu-se demonstrar a falácia em que consiste tal sistema: ser seletivo e estigmatizante.

A criminologia crítica estuda tudo que envolve o sistema penal, assim, ela estuda a própria sociedade, na forma que se organiza, como estão as relações de poder, as formas de ascensão de classes, preconceitos, distribuição de renda etc. Razão pela qual se afirma a que sociedade industrial, e mesmo a pós-industrial, é um ente criminógeno, pois o

⁶⁸ BARATTA, 2002: pág.129

⁶⁹ LISZT, 2003: pág. 227

desenvolvimento econômico feroz desperta, pela cobiça, o aparecimento da criminalidade

em larga escala. Ou seja, tem-se um sistema repressivo (policial e penitenciário) altamente seletista e estigmatizante, porque o Estado capitalista moderno, pela sua forma de organização, defende os interesses das classes economicamente mais fortes e que logrou êxito em transformar a criminologia tradicional em peça de seu controle, mantendo a ordem posta, fazendo do Sistema Penal (penitenciário, policial e judicial) mera peça para uma determinada clientela selecionada.

5. UM BREVE EXAME SOBRE O ATUAL INSTITUTO DA CULPABILIDADE

Pela dogmática jurídica, o crime é definido pela maioria dos penalistas doutrinadores contemporâneos como ação ou omissão típica, antijurídica e culpável. O crime pressupõe a ação ou omissão caracterizando uma conduta humana tipificada por uma descrição legal, que por ser contrária ao direito (não existir qualquer causa de justificação ou exclusão da antijuricidade), e ainda sendo essa mesma conduta juridicamente reprovável, pode ser punida pelo direito⁷⁰. A culpabilidade é sintetizada pela reprovabilidade jurídica da conduta.

Essa sistematização permite, segundo os moldes positivistas, obter sentido da lei penal mediante sua própria interpretação, sem a necessidade ou o recurso de auferir valor por parte do juiz. A preocupação do positivismo jurídico em afastar os juízos morais da lei leva à concretização de sistemas legais enrijecidos, bem como ao aparecimento e à expansão da própria dogmática que ao buscar-se pura, se valida apenas pelas suas fontes materiais, em desencontro aos demais saberes sociais.

A história da culpabilidade é caracterizada por uma constante e intensa transformação, indo desde os tempos em que bastava o simples nexo causal entre a conduta e o resultado (responsabilidade objetiva), até os tempos atuais, em que a culpabilidade

⁷⁰ Apesar de existir dúvidas quanto a natureza jurídica da culpabilidade, de se tratar de elemento do crime ou pressuposto da pena, não tratar-se-á de tal discussão.

apresenta como elementos a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa (responsabilidade subjetiva).

Hoje, a culpabilidade é vista como possibilidade de reprovar o autor de um fato punível porque, de acordo com os fatos concretos, podia e devia agir de modo diferente. Sem culpabilidade não pode haver pena e sem dolo ou culpa não pode existir crime⁷¹.

Como bem ressalta Cezar Roberto Bitencourt, "Estado, pena e culpabilidade formam conceitos dinâmicos inter-relacionados" ⁷².

Dessa forma, uma concepção de Estado corresponde uma de pena e esta uma de culpabilidade, e esses conceitos modificam-se de acordo com a realidade vivida por uma sociedade. Para uma melhor compreensão da sanção penal, necessário que se leve em consideração o modelo sócio-econômico e a forma de Estado que se desenvolve esse sistema sancionador. Por força disso pode-se afirmar que o conceito do juízo de reprovação é extremamente dependente do momento político, social e cultural que um determinado Estado se encontra.

Sobre a concepção de que o desenvolvimento do Estado está intimamente relacionado ao da pena e de que à concepção desta, por sua vez, corresponde uma concepção de culpabilidade, é mister salientar que na atual conjuntura fática, inserida no sistema capitalista neoliberal, a culpabilidade que parece ainda não legitimada, paralelamente a todo o sistema punitivo, seria digna de argumentar com essa realidade apresentando mecanismos de contra-seleção ao sistema punitivo penal.

A culpabilidade conta com os seguintes elementos: a) imputabilidade, b) potencial consciência da ilicitude, c) exigibilidade de conduta diversa. Passemos à análise rápida de cada um dos elementos apresentados, para que possa mais tarde, traçar alguns parâmetros reformativos, renovando o instituto da culpabilidade com a intenção de oferecer meios de agir em contra-seleção ao sistema punitivo penal como forma de amenizar suas desigualdades irracionais.

⁷¹ BITENCOURT, 2002: pág.125

⁷² BITENCOURT, 2002: pág.111

Para Heleno Cláudio Fragoso, "imputabilidade é a condição pessoal de maturidade e sanidade mental que confere ao agente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar segundo esse entendimento"⁷³

Das definições acima mostradas chega-se ao entendimento de que o indivíduo incapaz de compreender o caráter ilícito do fato, não deve responder pelo ato praticado, ou seja, não é culpável, vez que, juridicamente, podemos considerá-lo inimputável, nos termos do Código Penal Brasileiro⁷⁴.

No Direito Penal, o fundamento da imputabilidade é a capacidade de entender e de querer. O somatório da maturidade e da sanidade mental confere ao homem a imputabilidade penal. O seu reconhecimento depende de aptidão para conhecer a ilicitude do fato e determinar-se de acordo com esse entendimento.

Segundo Damásio E. de Jesus, "é o sujeito mentalmente são e desenvolvido que possui a capacidade de saber que sua conduta contraria os mandamentos da ordem jurídica"⁷⁵.

Há vários sistemas utilizados para se determinar quais os que, por serem inimputáveis, não podem ser considerados culpáveis.

O primeiro é o sistema biológico, no qual aquele que apresenta uma anomalia psíquica é sempre inimputável. Presente a enfermidade mental, ou o desenvolvimento psíquico deficiente ou a perturbação transitória da mente, é ele, sem quaisquer outras investigações psicológicas, considerado inimputável. Trata-se de um critério falho visto que deixa impune aquele que tem discernimento e capacidade de determinação, apesar de ser portador de uma doença mental ou desenvolvimento mental incompleto.

⁷³ FRAGOSO, 1993: pág.197

⁷⁴ Art.26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento

⁷⁵ JESUS, 1999: pág.469

O segundo sistema é o psicológico, onde se verificam apenas as condições psíquicas do autor no momento do fato, afastada qualquer hipótese de verificação da presença de doenças mentais ou distúrbio psíquico patológico. Para alguns doutrinadores, dentre eles Julio Fabbrini Mirabete⁷⁶ e E. Magalhães Noronha⁷⁷, esse sistema é pouco científico, de difícil averiguação, ensejando abusos na prática e dilatando desmensuradamente a esfera da imputabilidade.

O terceiro sistema, denominado de biopsicológico, e adotado pela lei brasileira, é a junção dos critérios anteriores e consiste, em primeiro lugar, na verificação se o agente apresenta doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Em caso negativo, não é inimputável. Caso positivo, será necessário analisar se o indivíduo era capaz de entender o caráter ilícito do fato; será inimputável se não tiver essa capacidade. A inimputabilidade decorre da conjugação dos critérios anteriores.

O Código Penal Brasileiro, em seus artigos 26, caput e 28, §1º, prevê quatro causas de exclusão de imputabilidade, que por consequência excluem a culpabilidade. São elas: a) doença mental; b) desenvolvimento mental incompleto; c) desenvolvimento mental retardado; d) embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior.

A mesma razão que leva a considerar-se inculpável a ação cometida por um inimputável (impossibilidade de entender o caráter criminoso ou de determinar-se de acordo com esse entendimento) deve pesar também, para impedir que seja movida uma censura a quem, mesmo imputável, age igualmente sem a possibilidade de entender o caráter criminoso do fato, isto é, sem a consciência da ilicitude, embora por deficiências momentâneas e circunstanciais, mas inevitáveis.

Dessa forma, percebe-se que para que o sujeito seja realmente considerado culpável é indispensável que se apure se aquele poderia estruturar, em lugar da vontade antijurídica da ação praticada, outra conforme o direito. Se essa possibilidade não for verificada, certamente, o juízo de reprovação estará excluído e, conseqüentemente, o indiciado não responderá pelo ilícito praticado.

⁷⁶ MIRABETE, 2007: pág.211

⁷⁷ NORONHA, 1995: pág.165

Para que a culpabilidade fique realmente caracterizada não é necessário que se observe apenas os dois elementos há pouco elencados, quais sejam, a imputabilidade e a potencial consciência da ilicitude; é necessário, ainda, que a conduta ilícita tenha sido realizada em circunstâncias previsíveis, de modo que o agente podia e devia proceder conforme o direito. A esse último requisito do juízo de reprovação, chama-se de exigibilidade de conduta diversa.

De acordo com Fernando Capez, tal elemento da culpabilidade consiste "na expectativa social de um comportamento diferente daquele que foi adotado pelo agente. Somente haverá exigibilidade de conduta diversa quando a coletividade podia esperar do sujeito que tivesse atuado de outra forma"⁷⁸.

Vale destacar que a exigibilidade de conduta diversa, como elemento da culpabilidade, foi inicialmente apontada em 1907, por Frank, em face de exemplo, dois casos nos quais as relações psicológicas entre os sujeitos e o resultado eram idênticas, no entanto, as circunstâncias que envolviam a ocasião eram completamente distintas, conforme explica o professor Damásio:

"as circunstâncias que concorrem no cometimento de um fato têm grande importância, posto que não só podem atenuar a pena, como também excluir a culpabilidade. Apresenta dois exemplos: um viajante apropriar-se de dinheiro sob sua custódia a fim de levar uma vida de luxo; um carteiro mal remunerado, angustiado pelos problemas econômicos, apropria-se do dinheiro da correspondência para adquirir alimentos para sua família. Nos dois casos, é a mesma a relação psicológica entre os sujeitos e o resultado; não existe, porém, a mesma culpabilidade. Assim, o primeiro é mais culpado."⁷⁹

Por tal elemento da culpabilidade, só se devem ser punidas as condutas que poderiam ser evitadas. Assim, se no caso concreto, era inexigível conduta diversa por parte do agente, fica excluída a sua culpabilidade, que pode o isentar de pena.

Para Flávio Augusto Monteiro de Barros, o elemento do juízo de reprovação em análise se justifica por motivos óbvios, haja vista que em circunstâncias anormais, o

⁷⁸ CAPEZ, 2000: pág.298

⁷⁹ DAMÁSIO, 2005: pág. 429

comportamento contrário ao direito não é reprovável quando o agente não podia agir de outra maneira⁸⁰. No Brasil, a adoção da teoria normativa da culpabilidade é evidenciada nos institutos da coação moral irresistível e obediência hierárquica, de ordem não manifestamente ilegal. Ambas constituem causas legais de exclusão de culpabilidade, inspiradas na inexigibilidade de conduta diversa. Da mesma forma, quando não é possível exigir-se outra conduta ao agente de um fato, estar-se-ia na presença de uma causa genérica de exclusão da culpabilidade

A partir desse elemento da culpabilidade, qual seja, a exigibilidade de conduta diversa, podemos traçar uma nova categoria de atenuação da culpabilidade, pois toda ação livre é uma ação voluntária, mas nem toda ação voluntária é uma ação livre. O querido nem sempre é “livremente querido”. E por isso torna-se mister a adoção de um novo juízo de reprovação, de moldes garantistas, de modo que a censura penal, que notoriamente se deslegitima frente à seletividade das agências penais que tende a criminalizar os marginalizados sociais, através de penas que não cumprem suas funções e só repercutem a violência, em confronto com valores penais: o discurso de igualdade, intervenção mínima do direito penal, as funções de prevenção e ressocialização das penas.

Para alguns excelentes penalistas⁸¹, que buscam sair das cercas que circundam o limitado discurso jurídico-penal para tocar a realidade e, nela, basear as suas teorias, quando uma pessoa não é dotada de capacidade suficiente para autodeterminar-se em razão de condicionantes sociais, a valoração dos motivos que ensejaram a prática ilícita por ela cometida deve levar em consideração tais restrições.

O Estado amplia ainda mais a sua ilegitimidade no âmbito penal ao punir os autores dos crimes para cuja ocorrência contribuiu de forma significativa, ao não fornecer possibilidades mínimas para uma vida digna (com saúde, educação, moradia, emprego, ...), transformando o direito penal em um direito dominador dos excluídos e mantenedor da injusta lógica social vigente. O indivíduo que não obtém do Estado

⁸⁰ BARROS, 2008: Pág.357

⁸¹ Eugenio Raúl Zaffaroni; José Henrique Pierangeli; Alejandro Alagia; Alejandro Slokar; Juarez Cirino dos Santos; Nilo Batista; Rogério Greco; Luiz Flávio Gomes; Alice Bianchini, entre outros.

sequer os meios essenciais para viver com o mínimo de dignidade deve responder da mesma forma que os demais integrantes da sociedade?

Não é certo que os excluídos pelo sistema produtivo do capital, que demanda e exploração de classes sociais para a acumulação do lucro, sejam mais propensos à reprovabilidade jurídica e maior punição estatal que os demais. Nesse sentido, Nilo Batista:

“Trata-se de considerar, no juízo de reprovabilidade que é a essência da culpabilidade, a concreta experiência social dos réus, as oportunidades que se lhes deparam e a assistência que lhes foi ministrada, correlacionando sua própria responsabilidade a uma responsabilidade geral do estado que vai impor-lhes a pena; em certa medida”⁸².

De acordo com esses autores, se a sociedade não dá a todos as mesmas possibilidades, deve arcar com a parte de responsabilidade que lhe cabe pelas possibilidades que nega ao infrator em comparação às que possibilita a outros. Cada qual tem sua parcela de responsabilidade.

A sociedade é formada por realidades sociais distantes, e o papel do direito, baseado na igualdade material, é de tratar igualmente os iguais e desigualmente os diferentes para que haja justiça. Com isso, deve cada indivíduo ser julgado de forma coerente com a realidade social que ocupa, devendo o julgador analisar as condições sociais e reais possibilidades de ação dos jurisdicionados ao praticarem uma conduta ilícita.

Uma linguagem objetiva e franca, que é capacitada para a compreensão da realidade social, integrada com as demais áreas disciplinares de conhecimento (sociologia, psicologia, história,...), é exatamente o que falta ao direito penal para que caminhe na direção da legitimação e efetiva distribuição de justiça ao invés do conhecido discurso jurídico-penal, das ocultações da dogmática jurídica, que aumenta as desigualdades sócio-econômicas entre os indivíduos, classes e nações.

⁸² BATISTA, 2004: pág. 105

6. A CULPABILIDADE MACULADA POR UM DIREITO PENAL DO AUTOR

Atualmente, à luz do estado democrático de direito, depois do fim de regimes de exercício evidentemente tendenciosos, selecionando a criminalização em determinados autores pelo seu modo de ser, em detrimento do ato criminoso em si, como foi na inquisição, no nazismo, na ditadura, momentos históricos em que se tinha um direito penal do autor evidente; declara-se o direito penal do ato, importando apenas a conduta delituosa proferida pelo agente e sua sistematização dentro da dogmática jurídica, embora mais do que isso, se deva reconhecer a existência de novos parâmetros de censurabilidade do agente, como caberá demonstrar no capítulo seguinte.

Sendo o nosso direito penal um direito penal de ato, e não de autor⁸³, a sua teoria da culpabilidade implica uma culpabilidade também de ato. É a culpabilidade do fato-do-agente, que deveria caracterizar o direito penal brasileiro, ao invés do caráter seletor e irracional dos mecanismos penais burocratizantes, inseridos no contexto da dogmática jurídica.

O Direito Penal de autor, além de mitigar o princípio de legalidade, pois permite se admoestar atos que, a princípio, são alheios ao delito, deturpa a importância do princípio da dignidade humana.⁸⁴ (...). Na lição de Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar⁸⁵, é posto que o Direito Penal do autor define que o delito é ocasionado por um estado permanente do autor, tido sempre como inferior aos demais indivíduos da sociedade, considerados normais. Essa condição concebida antes que o próprio delito em si é que gera a resposta punitiva seletora das agências penais e acabam por aumentar significativamente os índices da criminalidade e ostracismo do sistema.

⁸³ Um ótimo exemplo de direito penal do autor seria o direito penal nazista alemão, que perseguiu os judeus, negros e homossexuais apenas pelo seu modo de ser, sua raça ou religião.

⁸⁴ Pode-se dizer que atualmente o princípio da dignidade humana é um dos mais importantes dos princípios constitucionais, fundamentando inúmeros posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais.

⁸⁵ ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA, SLOKAR, 2003: pág. 131

Assim, “o discurso do direito penal de autor propõe aos operadores jurídicos a negação de sua própria condição de pessoa”, já que o indivíduo desviante é sempre visto como inferior uma vez que o criminalizado é considerado um ser inferior, devendo, pois, ser censurado ou neutralizado.

A doutrina penal contemporânea⁸⁶ frisa que a feição lógica do princípio da culpabilidade está no direito penal do ato ou fato, que afirma que ninguém pode ser considerado culpado de forma geral, a culpa existe somente referente a um ilícito específico.

No direito penal o que leva um indivíduo a ser julgado são seus atos, que estejam em desacordo com o ordenamento jurídico e não sua personalidade, seu caráter ou modo de vida, assim os legisladores acabam por optar pelo Direito Penal do fato.

A distinção entre direito penal de autor e direito penal de fato não tem apenas valor didático e doutrinário. Ainda que na prática hajam várias disposições legisladas que se contrapõe a uma concepção ligada ao direito penal de autor (como nos exemplos que a seguir serão detalhados: a reincidência, a personalidade, os antecedentes), o princípio de culpabilidade goza de status constitucional, não podendo pois recepcionar uma culpabilidade que não se construa no Direito Penal do fato.

O Código Penal não define a reincidência, apenas estabelece os requisitos para a sua constatação: cometimento de nova infração depois de transitada em julgado a anterior e lapso temporal inferior a cinco anos (art. 63)⁸⁷. A sua consideração é obrigatória e produz vários efeitos, dentre os quais: a) o de agravar a pena (art. 61, I, do CP); b) o de funcionar como circunstância preponderante no concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes (art. 67 do CP); c) o de impedir a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, se específica em crime doloso (art. 44, II, CP); d) impedir a substituição da pena privativa de liberdade pela multa (art. 60, par. 2º, CP); e) obstruir o sursis, quando da prática de crime doloso (art. 77, I, CP); f) aumentar o prazo de

⁸⁶ REGIS PRADO, Curso, p. 118: “O Direito Penal só pune fatos (ação ou omissão), daí estabelecer uma responsabilidade por fato próprio (Direito penal do fato), opondo-se a um Direito penal de autor fundado no modo de vida ou no caráter”

⁸⁷ No regime anterior ao de 1984, os reincidentes em crimes dolosos eram considerados presumivelmente perigosos (art. 78) e somente com a edição da Lei 6.416 é que os efeitos da reincidência ficariam restritos ao prazo de cinco anos

cumprimento da pena para obtenção do livramento condicional (art. 83, II, CP); g) funcionar como causa de interrupção da prescrição da pretensão punitiva e executória (arts. 117, VI, e 110, respectivamente, do CP); h) revogar o sursis e o livramento condicional (arts. 81 e 87, respectivamente, do CP); i) revogar a reabilitação (art. 95 do CP); j) impossibilitar a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95); k) impedir a prestação de fiança (art. 323, III, CPP).

A jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, de maneira geral, tem admitido a consideração da reincidência sob a avaliação de que o instituto não configura ofensa ao princípio *ne bis in idem*⁸⁸, ou seja, não se estaria punindo duas vezes a mesma conduta, porém não se pronuncia quanto à ofensa ao princípio da culpabilidade, maculado nessas hipóteses pelo direito penal do autor.

A exceção vem do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o qual, mostrando-se receptivo à tese de que o instituto da reincidência não foi recepcionado pela Constituição de 1988, por representar punição pelo modo de ser do indivíduo – entre outros fundamentos –, afastou a sua incidência em algumas oportunidades⁸⁹, embora haja farta jurisprudência em sentido oposto⁹⁰.

Na jurisprudência⁹¹ e na doutrina⁹², há quem estime que a exacerbação da pena se

⁸⁸ “HC 93194 / RS - RIO GRANDE DO SUL

HABEAS CORPUS, Relator(a): Min. EROS GRAU, Julgamento: 12/02/2008, Órgão Julgador: Segunda Turma. EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. A pena agravada pela reincidência não configura bis in idem. O recrudesimento da pena imposta ao paciente resulta de sua opção por continuar a delinquir. Ordem denegada.”)

⁸⁹ “Com o advento da Constituição Federal de 1988, adotou-se o modelo de Direito Penal do fato e não do autor. A aplicação do artigo 10, § 3º, inciso IV, da Lei nº 9.437/97 acarreta em retrocesso ao modelo do Direito Penal do autor, onde a punibilidade do agente não é pautada pelo seu concreto agir, mas, tão-somente, pela periculosidade que ele representa, bem como pela sua conduta de vida. Ademais, com a incorporação de um modelo de Estado Democrático e Social de Direito, torna-se imprescindível a diferenciação entre vigência e validade de uma norma penal incriminadora. Assim, não encontra suporte a tipificação da reincidência.

Doutrina. Embargos acolhidos por maioria. Embargos Infringentes Nº 70009014259, Quarto Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 26/11/2004

⁹⁰ Ao contrário de representar bis in idem, ou de ferir o princípio da proporcionalidade, a reincidência, ao acarretar consequências jurídicas mais severas para réus que se encontram em situações distintas, realça o conteúdo material do princípio da isonomia. Sua aplicação, antes de configurar ofensa ao texto constitucional, concretiza um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, na medida em que serve de critério jurídico adequado para a construção de uma sociedade justa,” Apelação Crime Nº 70022103196, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, Julgado em 19/12/2007

⁹¹ Ver nota 83.

⁹² MIRABETE, 2007: pág. 301

justifica porque o reincidente demonstra que a sanção anteriormente recebida foi insuficiente para intimidá-lo e recuperá-lo, havendo, inclusive, um índice maior de censurabilidade na conduta do agente que reitera na prática criminosa, por sua opção de continuar a delinquir.

O fato criminoso que deu origem à primeira condenação não pode, depois, servir de fundamento a um agravante obrigatório de pena, em relação a um outro fato delitivo, a não ser que se admita, num Estado Democrático de Direito, um Direito Penal atado ao tipo de autor (ser reincidente), o que constitui uma manifesta contradição lógica.

Salo de Carvalho afirma que tal instituto deve ser revisado pois mitiga importantes princípios constitucionais na medida em que viola frontalmente a estrutura principiológica constitucional fundada sobre o pressuposto da secularização. O princípio da secularização, baseado em um Estado Democrático de Direito, veda a possibilidade da sanção penal ter conteúdos ou fins morais. Assim como as previsões legais e o exercício jurisdicional, a pena não deve servir para reforçar nem para determinar a imoralidade, tampouco objetivar a transformação moral do indivíduo.

O colapso do sistema carcerário, que influencia diretamente na não recuperação e sua conseqüente não inserção do preso na sociedade, é uma realidade que gera sérios desdobramentos ao instituto da reincidência, devendo este ser, por conseqüente, deslegitimado e invalidado.

As críticas que foram traçadas ao instituto da reincidência também podem ser traçadas ao instituto dos antecedentes, e sua aplicação na dosimetria da pena, já que a “natureza dos antecedentes guarda estreita sintonia com o da reincidência. A rotina da atividade judiciária atribui relevância excepcional e demasiada aos antecedentes, com tendência inclusive de pré-determinar juízos de condenação no processo de criminalização penal”⁹³.

⁹³ Observa SALO DE CARVALHO, *Garantismo*, p. 51, que: “a valoração histórica do acusado, da forma com que se estabeleceu no ordenamento jurídico pátrio, cria um mecanismo incontrolável do arbítrio judicial, pois tende a (pré) determinar juízos de condenação – geralmente, chegando o momento de prolatar a sentença penal, o juiz já decidiu se condenará ou absolverá o réu”

O instituto dos maus antecedentes tem como consequência fundamental a conservação de antigas condenações através do tempo, ou seja, para a justiça as condenações preexistentes serão sempre utilizadas em desfavor do indiciado. Nesse sentido é certo concluir que Estado e sociedade não admitem realmente a ressocialização e reinserção do condenado na sociedade, por não admitirem que após o cumprimento da pena o ex-condenado tenha sido punido por seus atos e esteja em condições de restabelecer o convívio social, sem que os ‘fantasmas’ de seus erros pretéritos o surpreenda. A deslegitimação das penas privativas de liberdade é a que primeiro se faz notar dentro de todo um sistema penal deslegitimado: a superpopulação carcerária, a corrupção das autoridades e agentes penitenciários, os altos índices de suicídio e assassinato nos presídios entre outras mazelas são noticiadas cotidianamente, tanto pela mídia quanto por estudos próprios na área.

A Constituição não acata tal instituto como instrumento aumentativo de pena. Em conformidade com a regra de aplicação da lei penal no tempo, que pode retroagir ou receber ultratividade para beneficiar o réu; urge a relativização do instituto através de, no mínimo, existir limitação temporal dos efeitos judiciais de penas cumpridas anteriormente. Para Salo de Carvalho, o estigma da condenação criminal não pode ser perene; a perpetuidade é contrária ao princípio da dignidade da pessoa e da humanidade das penas⁹⁴.

Dessa maneira, a revisão do instituto seria oportuno também às agências judiciais de modo que importaria em promover celeridade processual, evitando certos procedimentos de verificação de antecedentes, evitando a prescrição dos feitos criminais e as costumeiras lentidões processuais.

É fora de dúvida que a conduta social do agente, também prevista no art. 59 do Código Penal como uma das variáveis subjetivas que podem influir na determinação do grau de censura, ampara-se numa culpabilidade de caráter, e por isso macula o princípio de

⁹⁴ SALO DE CARVALHO, *Garantismo*, p. 52: “cremos urgente instituir sua temporalidade, fixando um prazo determinado para a produção dos efeitos impostos pela lei penal. O recurso à analogia permite-nos limitar o prazo de incidência dos antecedentes no marco dos cinco anos – delimitação temporal da reincidência – visto ser a única orientação permitida pela sistemática do Código Penal”; CIRINO DOS SANTOS, *Teoria da pena*, p. 112.

culpabilidade, que impõe um direito penal do fato ao invés do direito penal do autor.

A conduta social, é outro fator de determinação da pena⁹⁵, porém muitas das críticas aos institutos da reincidência e maus antecedentes lhe são coerentes, com o agravante de que pela conduta social são julgadas e valoradas moralmente condutas alheias ao campo do direito, como a relação laboral e familiar do réu, que se dão em resultado das condições de vida do agente, que na maioria dos casos é bem diferente das do julgador, de forma que essa apreciação só poderia ser feita para beneficiar o réu, por considerá-lo, quando for o caso, mais vulnerável à criminalização, pelo fato de que, como será explicado em um capítulo subsequente, esta é dotada de uma atuação seletiva, deixando alguns setores da sociedade, os mais desamparados social e economicamente, em posição de predisposição à seleção no sistema punitivo penal.

No juízo de culpabilidade existe uma tendência em subverter o direito penal do fato em prol de um direito penal do autor, e na avaliação dos antecedentes e da conduta social esta opção fica clara.

O sistema punitivo penal, como coube demonstrar, atua seletivamente. Nas palavras de Zaffaroni:

“O poder punitivo é seletivo por natureza; não existe no mundo um sistema penal que não seja seletivo. É um dado estrutural, não accidental. Por causa disso, o que pode e deve fazer um sistema penal (e o direito penal como contra-poder de contenção) é procurar diminuir o grau da seletividade. Para isso não é solução reprimir ainda mais algumas camadas sociais, ou seja, impor maior repressão, mas diminuir o peso da repressão em geral.”⁹⁶

Segundo Zaffaroni, irracionalidade do sistema punitivo penal não é absoluta, mas sim, graduável. Por isso deve ser reduzida através de instrumentos legítimos, ainda que tais instrumentos estejam inseridos em uma culpabilidade do autor, que no caso presente não limita a atuação das agências estatais face às garantias constitucionais, pelo princípio da culpabilidade do ato e não do autor, mas somente implicam numa aplicação da

⁹⁵ A doutrina tem entendido que a conduta social diz respeito aos diversos papéis desempenhados pelo agente junto à comunidade, tais como suas atividades relativas ao trabalho, à vida familiar, etc.

⁹⁶ “A esquerda tem medo, não tem política de segurança pública.” - Eugenio Raúl Zaffaroni, entrevistado por Julita Lemgruber, Revista Brasileira de Segurança Pública (ano 01/ edição 01/ 2007.)

verificação da vulnerabilidade do réu em benefício ao mesmo, já que a realidade social do sistema punitivo penal se apresenta violenta e seletivamente, com consequências escancaradas.

Análises equivocadas acerca da Teoria da Co-culpabilidade, acabam por alimentar imprecisões sobre a legitimidade dessa atenuação de culpabilidade, levando alguns a fazer uma redução simplista de que se os desfavorecidos social e economicamente devem ter atenuada sua culpabilidade, aquele integrante das classes mais abastadas deve ter sua culpabilidade aumentada, o que em realidade não se propôs, pois logicamente fere alguns dos princípios fundamentais de nosso ordenamento jurídico.

A culpabilidade do autor deve ter o papel apenas de abrandar a pena, o julgamento será guiado pela culpabilidade do ato. Isso se dá com o objetivo de atenuar a irracionalidade da ação seletiva das agências extrajudiciais precedentes.

Assim, através dos conceitos a seguir apresentados e utilizando a esfera da culpabilidade como uma das inúmeras formas de conter a violência institucionalizada, busca-se, aqui, dar um pequeno passo para a grande luta que se deve travar em prol do direito penal mínimo e da proteção dos direitos humanos.

O Supremo Tribunal Federal, em acórdão relatado pelo ministro Eros Grau, fez no caso em referência, uma respeitável avaliação sobre a aplicação de direitos e garantias fundamentais, para que diante da ótica do estado democrático de direito, se diminua o estado de polícia e desta forma, se garanta a existência do princípio da dignidade humana no ordenamento jurídico:

“4. Direitos e garantias fundamentais devem ter eficácia imediata (cf. art. 5º, § 1º); a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos deve obrigar o estado a guardar-lhes estrita observância. 5. Direitos fundamentais são elementos integrantes da identidade e da continuidade da constituição (art. 60, § 4º). 6. Direitos de caráter penal, processual e processual-penal cumprem papel fundamental na concretização do moderno estado democrático de direito. 7. A proteção judicial efetiva permite distinguir o estado de direito do estado policial e a

boa aplicação dessas garantias configura elemento essencial de realização do princípio da dignidade humana na ordem jurídica.”⁹⁷

A tentativa de limitação do sistema penal pode ser claramente percebida na dicotomia existente entre o estado de polícia e o estado de direito. O estado de polícia tenta sempre alargar o conceito de tipicidade, já o estado de direito vai agir sempre na intenção de reduzir a esfera do proibido, por outro lado, enquanto o estado de polícia visa estender a atuação da abstração do proibido no intuito de que esta englobe qualquer situação, o estado de direito se esforça para extingui-la através das normas previamente enunciadas. O estado de polícia, com relação à culpabilidade, ignora qualquer razão que não seja a do Estado, enxergando apenas os elementos da ética tradicional, negligenciando também a seletividade do sistema punitivo penal, já o estado de direito, apesar de não ignorar a imposição da ética tradicional, percebe com bastante clareza a seletividade do poder punitivo e, por esse fato, impõe a este uma relativização de suas ações.

Por fim, compartilha-se a conclusão de Eugenio Raúl Zaffaroni,, acreditando-se que existem razões suficientes para “supor que o homem é capaz de reagir de modo racional diante do espetáculo da destruição inútil de milhões de vidas humanas e que, em última instância, a espécie humana não é suicida, como não o é nenhuma outra”⁹⁸.

6. A CO-CULPABILIDADE E A VULNERABILIDADE COMO RESPOSTA DE RACIONALIZAÇÃO GRADUAL FRENTE AO SISTEMA DESLEGÍTIMO:

Zaffaroni Ao historiar o Princípio da Co-culpabilidade, Zaffaroni refere que a idéia é herdada do pensamento de Marat, muito embora reconheça que se tem afirmado ser a idéia decorrente do direito penal socialista⁹⁹.

O conceito de Co-culpabilidade como atenuante inominada reaparece inserido em um contexto de grande disparidade social, defasagem do direito penal em relação aos

⁹⁷ Extradução 986/ Bolívia. Acórdão julgado em 15/08/2007.

⁹⁸ ZAFFARONI, 1999: pág. 160

⁹⁹ ZAFFARONI; PIERANGELI; 2002: pág. 613

princípios fundamentais descritos no ordenamento jurídico. Tal ascensão provocou inúmeras discussões acerca da individualização da pena, reconhecendo a existência de indivíduo com reduzida capacidade de autodeterminação por causas sociais, o que acarreta na divisão da responsabilidade entre Estado, sociedade e o sistema judiciário, pela injustiça cometida no âmbito do sistema punitivo penal.

Com efeito, o Estado e a sociedade passam a ser cúmplices daquele que cometeu o ilícito, pois ajudam a produzir o indivíduo desviante. Nas palavras de Nilo Batista "em certa medida, a Co-culpabilidade faz sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu" ¹⁰⁰.

Os códigos penais de Argentina, Colômbia, Bolívia, Equador, México, Paraguai e Peru são alguns exemplos da existência do princípio da Co-culpabilidade em ordenamentos jurídicos de países periféricos.¹⁰¹

No Brasil ainda não há aplicação de tal princípio, seja em lei ou jurisprudência, contando apenas com algum apoio doutrinário emergente, que infelizmente ainda não consegue transformar tal princípio como válido na vida prática do sistema judiciário penal.

Em que pese tamanho receio, há no Brasil alguns escassos exemplos de dispositivos nos quais se pode vislumbrar, nas entrelinhas, a intenção do legislador em atenuar a culpabilidade do agente infrator em virtude de circunstâncias sociais que limitam sua autodeterminação, como é o caso da Lei nº 9.605¹⁰², de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli incluem a Co-culpabilidade na legislação brasileira através da atenuante genérica contida no artigo 66 do Código Penal.

¹⁰⁰ BATISTA, 2004: pág. 105

¹⁰¹ Art. 41, do Código Penal da Argentina; art. 29, 11º, do Código Penal Equatoriano; art. 52, V, do Código Penal do México; art. 38, 1, a, e art. 40, 1, ambos do Código Penal de Bolívia; art. 45, 1 e VII, do Código Penal do Peru; art. 65, 2º, do Código Penal do Paraguai; art. 56 do Código Penal de Colômbia.

¹⁰² “Art. 14. São circunstâncias que atenuam a pena:
I – O baixo grau de instrução ou escolaridade do agente; [...]”

“A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.”.

A impunidade dos responsáveis por delitos vinculados ao poder, tais como os crimes econômicos, de corrupção do poder público, do ‘colarinho branco’, e a exarcebada punição dos crimes contra o patrimônio, demonstrou que a Teoria da Co-culpabilidade estava incorrendo em um certo “determinismo economicista”¹⁰³. Ou seja, passou-se dessa forma, a atribuir toda e qualquer explicação causal da criminalização da marginalidade a entes abstratos, tais como o “Estado”, a “sociedade”, o “sistema”, o “capitalismo” etc.

O capitalismo, principalmente pela influência das idéias marxistas de primazia das relações materiais, aparecia como principal causador da delinquência, uma vez que era tido como responsável pelo antagonismo entre o discurso declarado da igualdade e a incidência desigual dos aparelhos repressivos estatais.

Não estavam errados os adeptos da criminologia da reação social. A globalização neoliberal fortificadora da estrutura capitalista provoca o aumento dos índices de miséria, de exclusão e, com elas, os índices de marginalização. Assim, a Co-culpabilidade partia da falsa relação simétrica e determinista entre o modelo econômico e a criminalidade, bem como, subestimava o caráter seletivo do direito penal.

A inegável constatação da seletividade do poder punitivo não pode ficar à margem do exame da culpabilidade do agente; trata-se de um dado de extrema relevância para os resultados concretos da atividade das agências judiciais. Em razão disso, determinados indivíduos tornam-se mais vulneráveis à inclusão como clientes do sistema penal. O poder público reparte-se conforme a vulnerabilidade do indivíduo, de modo que o risco

¹⁰³ Salo de Carvalho explica que o “determinismo economicista” foi bastante comum entre os teóricos da criminologia crítica nas décadas de 60 e 70. CARVALHO, Amilton Bueno de. CARVALHO, Salo de. Aplicação da Pena e Garantismo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 82

da incidência da punição, tanto na criminalização primária quanto na secundária, varia de acordo com o grau de vulnerabilidade ao sistema.

Para penalistas comprometidos com a realidade social, quando uma pessoa não é dotada de capacidade suficiente para autodeterminar-se em razão de condicionantes sociais, a valoração dos motivos que ensejaram a prática ilícita por ela cometida deve levar em consideração tais restrições.

O Estado amplia ainda mais sua congênita ilegitimidade no âmbito penal ao punir os autores dos crimes para cuja ocorrência contribuiu de forma significativa, transformando o direito penal em um direito dominador dos excluídos e mantenedor do injusto status social vigente.

Dentro do pressuposto ético da culpabilidade (deveria adotar uma certa conduta), nos casos que corresponda, as carências socialmente condicionadas diminuirão a reprovação, do mesmo modo que qualquer outra carência que limite a autodeterminação. Por outro lado, a consideração do estado de vulnerabilidade como ponto de partida para a medição do esforço reprovável é um conceito muito mais preciso e realista que o da co-culpabilidade: se baseia na idéia de que o direito penal não pode tolerar que o mesmo poder que, por ação ou omissão, coloca uma pessoa em uma situação concreta de vulnerabilidade, imponha-se logo repressivamente sobre ela em razão da situação em que previamente a colocou.

Muito embora estejam os aplicadores do direito estejam conscientes desses dados da realidade, as suas reflexões centrais continuam a gravitar em torno da função e das finalidades da pena, tentando descobrir o que fazer com o agente que, comprovadamente, praticou a ação típica e ilícita e ‘culpável’, de modo que toda e qualquer conclusão que alcancem de forma alguma legitimará o sistema punitivo, cujas penas somente de forma excepcional alcançam o fim para o qual foram propostas. Por isso, necessário mudar o enfoque e deixar de lado a pergunta “por que punir?”, direcionando esforços para delimitar o “como punir?”¹⁰⁴.

¹⁰⁴ CARVALHO, 2006: pág. 70

“A seletividade do sistema penal, o seu caráter reprodutor da violência, bem como o uso da pena como instrumento legitimador dessa violência, mostram claramente que as razões éticas, que são a essência da reprovação da culpabilidade, não fazem mais do que reduzir o homem a um simples meio a serviço do equilíbrio do sistema deslegitimado”¹⁰⁵.

Por isso diz-se que a culpabilidade, que implica em uma valoração moral da conduta que deveria ser feita pelo agente no caso concreto, isto é, uma reprovabilidade ética, ao atuar dentro do sistema deslegitimado, passa a produzir resultados antiéticos, que em alguns casos afronta gravemente a dignidade humana.

Sustenta-se atualmente que a responsabilidade não está na clientela selecionada pelo poder penal, mas na própria agência judicial. Desse modo, se o poder punitivo é deslegitimado, o desviante não é responsável pelo fato, já que não se pode exigir dele uma resposta ética frente a esse poder deslegítimo. É a agência judicial que deve responder, reduzindo, de forma ética, o poder punitivo deslegitimado.

A falta de legitimidade do sistema punitivo penal não implica, necessariamente, na deslegitimação das outras agências judiciais. Com efeito, a tentativa de regulação e racionalização do sistema penal por essas agências, não devolve sua legitimidade, porém promovem um melhoramento com base no enfrentamento da realidade social.

Com o intuito de limitar as conseqüências da reprovação proveniente de um sistema penal em crise, utilizando principalmente o conceito de culpabilidade, o que tornaria mais ético o papel do julgador, Eugenio Raúl Zaffaroni, sugere um novo limite para a criminalização: a culpabilidade pelo esforço para a vulnerabilidade, uma tentativa de tornar mais ético o sistema, como um mecanismo de contra-seleção, ou seja, reduzindo a discriminação do processo de escolha dos acusados pelas agências penais, sem contudo importar em uma legitimação total do sistema punitivo e do direito penal como um todo. O conceito determinante no qual o sistema se basearia para a escolha daqueles passíveis de imposição de pena seria a vulnerabilidade, e não mais a autodeterminação. O status social, a classe social à qual pertence, a existência ou não de atividade profissional, o

¹⁰⁵ ZAFFARONI, 1999: pág. 263

estereótipo, a existência ou não de algum contato prévio com o sistema penal; seriam os principais fatores determinantes do estado de vulnerabilidade.¹⁰⁶

Quanto maior for a proximidade do indivíduo das esferas de poder, seja ele político ou econômico, menores são as chances dele sofrer imposição de pena, portanto menor é o seu estado de vulnerabilidade. Por outro lado, quanto maior for a distância do indivíduo do poder, mais chances terá ele de ser selecionado pelo poder punitivo, ou seja, menor será seu esforço para sofrer tal seleção, assim, mais vulnerável ele será e menor será sua culpabilidade pois seu ato é passível de menor reprovação em comparação ao primeiro indivíduo apresentado.

O exercício das agências judiciais penais, por conseguinte, poderá responder para reduzir a irracionalidade praticada pelo sistema punitivo, estando nesse sentido, limitada pela culpabilidade, pelo injusto social, “porque não pode haver resposta criminalizante racionalmente aceita quando a autonomia com que o sujeito realizou a ação é ínfima ou nula, ou mesmo muito duvidosa”¹⁰⁷.

A Culpabilidade pelo Esforço para Alcançar a Situação Concreta de Vulnerabilidade ao Poder Punitivo, portanto, pode coexistir com a Culpabilidade pela Autodeterminação, enxergando no pressuposto da exigibilidade de conduta diversa uma graduação ética da censurabilidade, correspondente ao nível de vulnerabilidade no qual o sistema penal se havia baseado para selecionar o agente, sendo um valioso passo em direção ao melhoramento do sistema punitivo penal de seleção, embora não o legitime em sua essência.

8. CONCLUSÃO

¹⁰⁶ ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR; 2002: pág. 654

¹⁰⁷ ZAFFARONI, 1999: pág. 266.

Ao longo do texto apreciamos a atuação de completa seletividade do sistema punitivo penal, apresentada através de abordagens históricas e práticas, do papel da mídia como parte do sistema punitivo e da globalização, processo que afirma ser integrador e universalista, mas que na realidade só vem contribuir para o aumento do abismo existente entre as classes dominantes e dominadas, além de aniquilar culturas de países periféricos através da maciça distribuição daquelas culturas dominantes, principalmente de seu lixo cultural, sempre realizando análises sob a luz da interdisciplinaridade, com intuito de enriquecer a discussão e prover o estudo com uma base mais sólida. A partir dessas percepções pudemos entender alguns movimentos de combate a crise pela qual o sistema punitivo penal passa atualmente.

A criminologia crítica, externalizada aqui, principalmente, por Alessandro Baratta, analisa tais problemas e busca incansavelmente saídas para o colapso do sistema penal. Afastando-se da escola positivista, posicionada por Baratta como pioneira no estudo da criminologia, a criminologia crítica busca relativizar os princípios que regem o sistema punitivo penal contemporâneo para, a partir desse afastamento, e do princípio da culpabilidade, produzir mecanismos para solucionar os problemas do sistema punitivo penal.

Uma outra resposta analisada foi a da culpabilidade pela vulnerabilidade. Segundo essa tese deve-se afastar o princípio do Direito Penal do autor, princípio totalmente disseminado em nosso sistema penal, e utilizar o Direito Penal do fato. Ainda segundo essa questão a vulnerabilidade deve funcionar como mediadora das penas, ou seja, os atos do indivíduo mais próximo das esferas de poder são passíveis de maior culpabilidade do que os atos daquele indivíduo afastado dessas esferas.

BIBLIOGRAFIA

FAUSTO, B. **História do Brasil**, São Paulo: Edusp, 2001.

_____. **História concisa do Brasil**, São Paulo: Edusp, 2002.

GALEANO, E. **De pernas pro ar: a escola do mundo do avesso**, Porto Alegre: L & M, 2001.

BARATTA, A. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**, Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2002.

MUÑOZ CONDE, F. **Direito penal e controle social**, Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SANTOS, M. **Por uma outra globalização**, Rio de Janeiro: Record, 2005.

MADEIRA DA COSTA, Yasmin Maria Rodrigues, **O Significado ideológico do sistema punitivo brasileiro**, Rio de Janeiro: Revan, 2005.

BOURDIEU, P. **Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal**, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

DE GIORGI, A. **A miséria governada através do sistema penal**, Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006.

WACQUANT, L. **Punir os pobres [A onda punitiva]**, Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2007.

GALEANO, E. **As veias abertas da América Latina**, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

GIDDENS, A. **Sociologia**, Porto Alegre: Artmed, 2005.

BATISTA, N. **Punidos e mal pagos**, Rio de Janeiro: Revan, 2005.

BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro**, Rio de Janeiro: Freitas Bastos: Instituto Carioca de Criminologia, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**; parte geral. Volume I. São Paulo: Saraiva, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2001

Ato institucional nº 5, 13 de dezembro de 1968, fonte: www.planalto.gov.br

CARVALHO, Salo. **Criminologia e transdisciplinalidade**. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Coord.). **Sistema penal e violência**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**: introdução e parte geral, São Paulo: Saraiva, 1991.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal**: legitimação *versus* deslegitimação do sistema penal. São Paulo: Revista dos Tribunais.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIRRANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringuelli de. **Visões da sociedade punitiva**: elementos para uma sociologia do controle penal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó. *Sistema penal e violência*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

BATISTA, Vera Malaguti. **Discursos Sediciosos**. Freitas Bastos, 1997

BIANCHINI, Alice, GOMES, Luiz Flávio. **O direito penal na era da globalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1999.

CERVINI, Raul. **Processos de Descriminalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

LISZT, Franz Von. **Tratado de derecho penal**, *apud* César Roberto Bitencourt, Manual de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2002

BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de direito penal. São Paulo: Saraiva, 2002.

FRAGOSO, Cláudio Heleno. **Lições de Direito Penal**, Rio de Janeiro, Forense, 1993.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1999

MIRABETE, Júlio Fabrbrini. **Manual de direito penal**. São Paulo: Atlas, 2003.

NORONHA, E. de Magalhães. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1995.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BARROS, Flavio Augusto Monteiro de. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2001

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**, Rio de Janeiro: Revan, 2004

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**, Rio de Janeiro: 2003.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

A esquerda tem medo, não tem política de segurança pública. - Eugenio Raúl Zaffaroni, entrevistado por Julita Lemgruber, Revista Brasileira de Segurança Pública (ano 01/ edição 01/ 2007.)

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Manual de derecho penal:** parte general, Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZAFFARONI; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro.** São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.